

01
/ 16

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

ReOS 01 / 2016

Inhaltsverzeichnis

Theoretische Fragen der Ersitzung und deren Verhältnis zu den Klagenfristen

Prof. Dr. Petro Guyvan

1

Die Besonderheiten bei dem Einsatz von wirtschaftlichem Wissen in den Organen der
Straftatenermittlung und Straftatenverfolgung

Dr. Switlana Jevdokimenko

13

Aspects of Legal Regulation of Compensation Schemes in European and Ukrainian Co-
Investment Markets

Iryna Polianska

25

Theoretische Fragen der Ersitzung und deren Verhältnis zu den Klagefristen

Dr. Petro Guyvan

Dr. iur., Verdienter Jurist der Ukraine

Ukraine

In diesem Beitrag werden die Voraussetzungen der Ersitzung im Zivilrecht analysiert, so der Inhalt des subjektiven Rechts auf die eigentlich rechtswidrige Erlangung des Eigentums aufgrund der Ersitzung über einen bestimmten Zeitraum und die Beziehung zur zeitlichen Dimension des Rechts des Eigentümers, die Sache aus der fremden Nutzung herauszuverlangen. Dabei geht es um die Beziehungen zwischen dem Ablauf der Fristen für die Ersitzung und für die Klage sowie die Folgen des Ablaufs dieser Fristen. Auf der Grundlage der Analyse des Inhalts und der Fristenberechnungen werden deren Unterschiede und spezifische Eigenschaften bestimmt. Die Ersitzung als zivilrechtliches Institut wurde von ihrer Einführung im römischen Recht bis heute untersucht. Dabei zeigt sich, dass die Grundlagen der Ersitzung von fremdem Eigentum bis heute unverändert sind: Ununterbrochene Nutzung, die Offenheit der Nutzung und der Einfluss der Fristen.

In dem Beitrag werden die verschiedenen Arten der Ersitzung qualifiziert – durch gutgläubige Nutzung von Eigentum, oder in dem Fall, wenn eine Sache, deren Nutzung vertraglich eingeräumt wurde, nach der vereinbarten Zeit nicht dem Eigentümer zurückgegeben wurde. Dabei sind die einheitliche Regelungen der Fristberechnungen bei der Ersitzung hervorzuheben: Im ersten Fall beginnt der Fristlauf von dem Zeitpunkt an, in dem die Verfügung über die Sache eintritt, im zweiten von dem Moment an, in dem die Klagefristen für den Eigentumsherausgabeanspruch abgelaufen ist. Die zweite Variante wird kritisch gesehen hinsichtlich der rechtlichen Unklarheit für den Eigentümer über den Fristverlauf, unverständlich ist auch sein Recht und seine Möglichkeiten zum Schutz seines Eigentums. Als Ergebnis werden Änderungen im geltenden Recht über die Ersitzung vorgeschlagen: In ausnahmslos allen Fällen muss die Frist mit der Verfügung über die Sache beginnen und die Besonderheiten der unterschiedlichen Verfügungsarten müssen durch unterschiedliche Zeitanforderungen an die Ersitzung geregelt werden.

Теоретичні питання набувальної давності у її взаємозв'язку з давністю позовною

Гуйван Петро Дмитрович,

кандидат юридичних наук,

Заслужений юрист України

Україна

Правовий інститут набувальної давності не є новим, він був відомим здавна. Історично він характеризувався самостійним і незалежним володінням «як на праві повної власності», що виключає як можливість винагороди «документальному» власнику, так і право останнього на відібрання майна після спливу позовної давності.¹ Адаже за будь-яких обставин у разі початку набувального строку давнісний володар не просто фізично утримує річ. Оскільки цивільно-правовий строк є невід'ємною складовою змісту суб'єктивного права, особа протягом набувальної давності реалізує своє право на безтитульне давнісне володіння. Такий процес не можна вважати фактичним станом, це суб'єктивне матеріальне право, яке має конкретний обсяг, обмежене строком і здатне до захисту.²

Проблематика, пов'язана з правовим статусом давнісного володіння та користування майном, відображена у працях Д. І. Мейера, Г. Ф. Шершеневича, К. І. Скловського, В. А. Рахміловича, Д. В. Лоренца, В. І. Цікала та інших. Разом з тим, попри численні публікації, єдиного підходу до юридичного оформлення цих відносин не напрацьовано. Наразі відсутній

належний їхній аналіз з темпоральної точки зору. Певної плутанини додає нечіткість сучасного цивільного законодавства та неоднозначність правозастосовних підходів у досліджуваній царині. Відсутнє однозначне розуміння добросовісності набуття чужого майна, моменту, від якого добросовісність виникає та тривалості її кваліфікуючих ознак, юридичного взаємозв'язку між перебігами набувальної та позовної давностей.

Відтак, метою даної праці є з'ясування питання про врегулювання у чинному законодавстві України порядку встановлення та строків давнісного володіння та користування чужою річчю, а також про правові наслідки такого володіння. Предметом дослідження є існуючий нормативний матеріал та судова практика, а також доктринальні напрацювання у коментованій царині.

Соціальна значимість права, яке тривалий час не використовується з огляду на небажання чи неможливість реалізації вірителем своїх повноважень, та, навпаки, досить довге користування боржником майном, всупереч закону та чужому праву, здавна привертала увагу дослідників. Вони розуміли, що фактор часу не може не враховуватися при побудові відповідного юридичного механізму. Втім, у різні історичні періоди правозгашувальне та

¹ Бутовский А. Н. Давность и юридические лица // Вестник права и нотариата. – 1909. – № 2. – С. 1–2.

² Гаджиев Г. А. О субъективном имущественном праве добросовестного владельца. // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Сборник научных статей. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – Вып. 5. – С. 269–278.

правовстановлююче значення темпоральних матеріально-правових інститутів та їхня взаємопов'язаність мали далеко не однозначні фахові та нормативні інтерпретації. Тож, абсолютно очікуваною та практичною за таких обставин була легітимація фактичного володіння у якийсь спосіб. З плином багатьох епох стало очевидним, що досягти суспільно бажаного результату можна лише завдяки задіянню темпоральних чинників. Фактично було запроваджене правило про отримання права власності на чужу річ у результаті спливу встановленого періоду належного володіння нею. Так, відповідно до Законів Дванадцяти таблиць за набувальною давністю (*usucapio*) рухома річ переходила у власність після спливу одного року володіння, а нерухома – після двох років. При цьому необхідним було дотримання ще низки умов: річ не повинна була бути вкраденою, вимагалася добросовісність володіння, строк давності повинен був текти безперервно.³ Набуття права одним суб'єктом через давність володіння (*usucapio*), означало одночасно і втрату цього ж права іншим. Але момент такого переходу визначався вже не часом закінчення позовного домагання, а саме спливом набувального строку окупації. Іншими словами, в цивільному законодавстві почав застосовуватися матеріально-правовий інститут набувальної давності.

³ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997, – 608 с.

В подальшому механізм набуття права власності внаслідок тривалого володіння чужим майном розвивався поряд з розвитком суспільних відносин. Зокрема у ст. 9 Псковської судної грамоти – правовій пам'ятці XIV- XV століття – давнішим визнається таке володінням, котре виключає сторонній вплив і виражається в обробці землі, або таке, у якому чітко простежується бажання володаря набувати земельну ділянку у власність. До умов давності володіння Грамота відносить: неперервність, беззаперечність, відкритість володіння, а також наявність строку (4 або 5 років).⁴ Наступний поступ соціального прогресу супроводжувався розширенням сфери застосування давнісного набувального інституту та стабілізацією його юридичного нормування. Так у Повному зводі законів Російської імперії, що був виданий на початку ХХ століття давнісним володінням (земською давністю) визнавалося спокійне, беззаперечне його здійснення протягом законом визначеного часу, який називається строком давності. У ст. 533 Зводу були прописані наступні умови для обчислення вказаного давнісного строку: володіння має здійснюватися спокійно, беззаперечно та

⁴ Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. / Под общей ред. Чистякова О. И. – Т. 1. Законодательство Древней Руси. Отв. ред. Янин В. Л. – М.: Юридическая литература, 1984. – 430 с.

безперервно, «у вигляді власності» і має тривати десять років.⁵

На сучасному етапі регулювання майнових відносин правило про можливість набуття власності за давністю володіння чужим майном відтворене (за часів радянської влади воно було вилучене як елемент нетрудових доходів) у основному цивільному законі. За загальним правилом, яке сформульоване у ч.1 ст. 344 ЦКУ, набувальна давність починається від моменту добросовісного заволодіння чужою річчю і триває протягом всього часу відкритого та безперервного нею володіння. Будь-яких застережень щодо переривання чи зупинення даного строку закон не містить. Правило частини 3 статті 344 ЦКУ про набуття за давністю володіння майна у власність **особами, що заволоділи ним на підставі договору, не повернувши після закінчення дії договору**, можна розглядати як спеціальну норму, оскільки в такому випадку набувальна давність має місце при свідомо незаконному володінні на момент початку її перебігу. В зазначеному випадку набувальний строк починається після спливу позовного, тому після закінчення останнього незаконний недобросовісний володар отримує можливість через певний час стати власником майна.

Аналіз Глави 24 Цивільного Кодексу України свідчить про те, що набувальна

⁵ Полный сводъ законовъ Россійской имперіи в 2-хъ книгахъ. сост. А. Л. Саатчиан. – Книга 2. – Спб.: Законоведение, 1911. – 4680 с.

давність є самостійним способом набуття права власності із характерними ознаками, які дають підстави для його відокремлення від інших підстав.⁶ Неважко помітити, що правова структура коментованого правового механізму не проста, особа може отримати право власності на чужу річ лише за наявності усіх чинників, що входять до його складу та мають юридичне значення. Як указано у статті 344 ЦКУ, право власності набуває особа, що заволоділа майном у порядку, встановленому цією нормою, і продовжує надалі відкрито та безперервно володіти ним протягом визначених строків.

В цивілістичній літературі набувальна давність переважно оцінюється тільки як певний строк, сплив якого має правове значення.⁷ З такою тезою категорично не можна погодитися. Закінчення такого строку, безумовно, є визначальним для набуття права власності, і в цьому полягає цивільно-правова результативність його спливу. Проте, початок та сам перебіг набувальної давності теж має неабияке значення для визначення обсягу матеріальних цивільних прав та обов'язків, правового положення їхніх носіїв⁸.

⁶ Северова Є. С. Набувальна давність у цивільному праві України: Питання застосування за матеріалами судової практики // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – Вип. 17. – 2011. – С. 114–118.

⁷ Цікало В. І. Поняття набувної давності // Держава і право. Юридичні і політичні науки. Вип. 13. К.: Інститут держави і права НАН України, 2001. – С. 288–290.

⁸ Латыев А. Н. Правовое положение лица, владеющего имуществом в течение срока

Український закон, хоча поки що невпевнено, але цілеспрямовано запроваджує механізм реалізації права володіння чужою річчю і права на захист від порушення такого володіння, в тому числі і від власника. Саме в розумінні проміжку часу, що визначає тривалість відповідних суб'єктивних прав такого володаря як складової змісту певного повноваження, і проявляється друга властивість набувальної давності.

Традиційно, і сучасний період не виключення. Низка досить авторитетних вчених-цивілістів протиставляє правовий механізм отримання власності в результаті впливу строку давнісного володіння іншому способу набуття даного права – добросовісному придбанню речі від неповноважного традента. Зокрема, вони вказують, що добросовісний набувач за відмови власникові у віндикаційному домаганні здатен отримати право власності тільки за давністю володіння, іншого способу не передбачено чинним законодавством.⁹ Інакше кажучи, добросовісна особа, що отримала захист від віндикації, продовжує володіти без титулу, незаконно і аби стати

власником – потребує набувальної давності.¹⁰

Інші дослідники більш толерантно оцінюють правовий механізм набуття власності в момент добросовісного отримання речі від неповноважного продавця, але при цьому вони також задіюють інститут давності набувальної, надаючи їй нульової тривалості (моментальна набувальна давність).¹¹

Ми вважаємо такий підхід не зовсім виваженим. Насправді, з урахуванням доктринальних напрацювань можемо дійти обґрунтованого висновку про різну юридичну сутність набуття права власності добросовісним набувачем від неповноважного відчужувача та в режимі набувальної давності. Попри те, що досягається, принаймні зовнішньо, однаковий результат, задіюються відмінні правові та соціальні стрижні. Давність як основа подальшої власності реалізує мовчазне погодження попереднього носія права на уступку іншій особі,¹² це відбувається за згоди власника або без такої, але його пасивність протягом встановленого законом періоду вільно чи невільно має юридичне значення. Натомість за наявності обставин, вказаних у ч. 1 ст. 388 ЦКУ, можливість

приобретательной давности // Российский юридический журнал. – 2001. – № 4. – С. 91–101.

⁹ Авласевич А. И. Проблемы приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя, владения и владельческой защиты. Электронный ресурс: <http://www.ibil.ru/index.php?type=review&area=1&p=articles&id=708>

¹⁰ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. Учебно-практическое пособие. – М.: Дело, 1999. – 512 с.

¹¹ Морандьер Жулио де ла Гражданское право Франции (перевод с французского Е. А. Флейшиц). Т. 2. М. Иностранная литература, 1960. – 728 с.

¹² Попович П. В. Приобретательная давность по русскому и остзейскому гражданскому праву равно по проекту гражданского уложения Варшава: Тип. Варш. Учеб. Округа, 1913. – 252 с.

особи, що втратила річ, повернути її припиняється якраз не з огляду на тривале користування іншим суб'єктом, а саме в зв'язку з набуттям останнім права власності. Сенс та значення придбання права власності за давністю володіння полягає у тому, що власник втратив інтерес до права і не вимагає його здійснення.¹³ Слід визнати цілком правильним твердження В. А. Рахміловича: набувальна давність застосовується, зокрема, у тих випадках, коли річ могла бути витребувана у добросовісного набувача, коли ж майно не може бути витребуване – немає місця для набувальної давності.¹⁴

І з урахуванням цього сфера застосування набувальної давності для добросовісних набувачів насправді значно звужується: за чинним українським законодавством такі суб'єкти стануть власниками утримуваного майна тільки за наявності складного фактичного складу: 1) річ, отримана безоплатно, або вона свого часу вибула від власника з дефектом волі останнього; 2) власник протягом позовної давності не витребував річ із добросовісного незаконного володіння. Відтак саме звуженням застосування давнісного набувального

інституту до добросовісних набувачів певною мірою пояснюється розширення кола осіб, що можуть отримати власність за давністю володіння, за рахунок суб'єктів, які не повернули майно після закінчення строку договору.¹⁵¹⁶ Однак, правовий режим набуття власності останніми та добросовісними особами не є тотожним. Різниця не тільки у тривалості належного давнісного володіння нерухомим майном (для добросовісних набувачів цей період становить 10 років, тоді, як для володільців, що продовжують утримувати чуже майно після спливу договору – 15 років). Істотно відрізняється і порядок обчислення набувальної давності. У першому випадку вона починається від терміну заволодіння, а у другому – після закінчення позовної давності.

Між тим, свого часу дослідниками коментованого питання була висловлена думка, що набувальна давність, незважаючи на наявність всіх окремо для неї вказаних у законі умов, не може мати місце, якщо в той же самий час не було давності, що погашає право.¹⁷ І хоча дана теза була запроваджена ще тоді, коли згідно з законодавством сплив позовної давності за вимогами про

¹³ Бубнов М. Ю. Приобретательная давность как основание приобретения права собственности. / Дисс. канд. юрид. наук. 12.00.03. Рязань, 2003. – 174 с.

¹⁴ Рахмилович В. А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // В кн.: Проблемы современного гражданского права. Сборник статей. Отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. М.: Городец, 2000. – С. 126–144.

¹⁵ Носов В. А. Механизм защиты права в обязательственных правоотношениях // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Сборник научных трудов. Под ред. В. В. Бутнева, Ярославль. 1990. ЯрГУ. – С. 47–52.

¹⁶ В літературі таких суб'єктів часто ототожнюють з недобросовісними за володільцями, хоча ми такої точки зору не поділяємо.

¹⁷ Боровиковский А. Отчёт судьи. Давность. С – Пб, 1892, – 260 с.

повернення майна з чужого незаконного володіння одночасно означав і набуття нетитульним володільцем права власності на річ, вона, на нашу думку, зберегла певне обмежене втілення і зараз. У сучасній доктрині теж популярною є точка зору, відповідно до якої обов'язковою умовою набуття власності за давністю володіння мусить бути сплив позовної давності – періоду на судовий захист порушеного речового права первинного власника. Інакше, мовляв, ситуація буде абсурдною: у особи буде існувати право на віндикацію, тоді як набувальна давність вже спливла і володільець став власником.¹⁸

Це питання потребує детальнішого критичного дослідження. Дійсно, за чинним законодавством деякі набувні строки починаються тільки після спливу позовної давності, і в цьому аспекті озвучене правило є справедливим. Наприклад, перебіг набувальної давності для особи, що заволоділа чужим майном на підставі договору і не повернула його після закінчення дії угоди, починається після спливу позовної давності (ч.3 ст. 344 ЦКУ). Остання, в свою чергу, починається від моменту порушення суб'єктивного права власника (титульного володільця), тобто від дати, коли майно мало бути повернене (для договірних взаємин загальне правило про врахування при

обчисленні позовного строку суб'єктивного чинника – моменту усвідомлення носієм права факту порушення та отримання інформації про порушника – не діє в силу припису ч. 1 п. 5. ст. 261 ЦКУ). Отже для даної категорії набувачів давнісне володіння почнеться через три роки після порушення, якщо позовна давність не переривалась чи не зупинялась. Тож, можна стверджувати, що без початку чи закінчення позовної давності не відбудеться перебіг давності набувальної у разі, коли особа заволоділа майном на підставі договору з його власником, але останній після закінчення дії угоди не вимагав повернення речі. В цьому випадку за прямою вказівкою закону перебіг давності набувальної починається тільки після спливу позовної.¹⁹

Втім, дане правило не є абсолютним, у інших ситуаціях цивільне законодавство України створює можливість для набуття чужого майна у власність за давністю володіння незалежно від перебігу позовного строку, іноді навіть ще до того, як розпочнеться позовна давність за вимогами власника. Скажімо, неволодіючий власник майна може захистити своє суб'єктивне право, пред'явивши позов до суду з вимогою до володіючого невластника. Давнісний строк для захисту суб'єктивного права

¹⁸ Бабаев А. Б. Система вешных прав. Монография/ А. Б. Бабаев. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 408 с.

¹⁹ На нашу думку, така правова конструкція не зовсім відповідає об'єктивному стану речей, та навряд чи дає правильне юридичне відображення реально існуючих конкретних майнових взаємовідносин, про що буде сказано далі.

обчислюється від часу, коли віритель довідався про порушення чи про особу порушника. Якщо відповідач заволодів майном на підставі договору з його власником, термін початку перебігу давності обраховується, як правило, від дати порушення умов цивільно-правової угоди. Коли ж відносини з витребування регулюються нормами речового права (наприклад, при втраті власником речі не з своєї волі), перебіг позовної давності починається, переважно, від часу встановлення особи, яка порушила право. Але в такому разі цілком припустимо, що перебіг давнісного строку почнеться вже після того, як добросовісний володар стане власником речі за набувальною давністю, оскільки закон пов'язує перебіг набувального строку зі спливом давності лише для відносин, коли особа заволоділа майном на підставі договору з його власником. В результаті власник, від якого майно вибуло поза його волею, певний час не зможе звернутися до суду за захистом права власності, оскільки йому не відома особа, що порушила право. А потім після спливу набувального строку, навіть, якщо ця особа стане відомою, судовий захист прав такого суб'єкта буде також неможливим, так як право власності на річ вже не буде йому належати і тому не підлягає захисту.

Як бачимо, діюча редакція цивільно-правових норм, що регулюють вказані відносини, несприятлива для неволодіючого

власника. Крім того, конструкція частини 1 ст. 261 ЦК України є такою, що практично не дає змоги власнику ефективно захистити своє матеріальне право при вибутті майна із його володіння поза волею останнього. Як уже зазначалося, положення коментованої норми про початок перебігу позовної давності від часу, коли суб'єкт довідався про особу, яка його порушила, має застосовуватися при порушенні абсолютних суб'єктивних прав, зокрема, права власності. При цьому заволодіння чужою річчю має відбуватися не на підставі цивільно-правового договору. З іншого боку, внесення до частини 1 статті 344 Цивільного кодексу положення, аналогічного тому, що міститься в частині 3 цієї статті про щодо набуття права власності на чуже майно за набувальною давністю через певний строк після спливу позовної давності, а не після фактичного заволодіння річчю, може порушити права добросовісного нетитульного володільця: за умови, що перебіг давнісного строку за вимогами, які витікають з порушення речового права, починається від моменту отримання потерпілим відомостей про особу, яка вчинила порушення, а перебіг набувального строку почнеться після спливу давнісного, добросовісний володільць може взагалі не набути права власності на майно за набувальною давністю.

Дещо інший підхід застосовується в російському цивільному законодавстві, за яким обчислення набувальної давності завжди

прямо пов'язується з спливом позовного строку за відповідною вимогою (п.4 ст. 234 ЦК РФ), правозастосовна традиція також притримується цього варіанту.²⁰ Між тим, не може не впадати у вічі практична незручність правила про обов'язковий початок давнісного набувного перебігу після спливу позовної давності. По-перше, незрозумілим є статус набувача протягом давнісного позовного строку. Володіння протягом цього періоду не може вважатися давнісним, відтак на нього не поширюватиметься норма про можливий захист, передбачена у ч. 3 ст. 344 ЦКУ, п.2 ст. 234 ЦК РФ. Це, у свою чергу, сприяє самоуправству. По-друге, досить часто стає невизначеним момент набуття права власності за давністю володіння. Позовна давність протягом своєї тривалості може зупинятися чи перериватися. Чинники, які зумовлюють відповідне коригування обчислення даного строку, відомі, як правило, лише власникові, і навряд чи він буде їх оприлюднювати. За таких обставин буває важко встановити початок, а відтак, і момент закінчення набувального строку, бо володарю не завжди точно відомо, коли закінчилася позовне домагання за вимогами до нього. У такій ситуації, як вказував І. Є. Енгельман, умаляється значення належних відповідачу-володарю заперечень проти віндикації. «Яка

²⁰ П. 17 постановлення Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 . № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав // Вестник ВАС. – 1998. – № 10. – С. 19.

користь виставляти докази давнісного володіння, якщо позивач може спростувати їх тим, що для нього позовний строк починається не з того моменту, як те рахує відповідач».²¹ Отже, як справедливо каже Т. М. Сафронова, лише момент отримання речі завжди точно відомий набувачеві і при легітимізації його становища завжди може бути доведений.²²

З огляду на викладене вважаємо за необхідне внести зміни до чинного законодавства про набувальну давність: в усіх без виключення випадках її перебіг повинен починатися від часу заволодіння річчю. А особливості характеру заволодіння мають враховуватися шляхом встановлення різної тривалості набувного строку. Власне кажучи, запропонований варіант у абсолюті теж не є ідеальним, і ми це усвідомлюємо. Так, якщо завжди буквально дотримуватися правила про обов'язкове відмежування моментів закінчення позовної та початку набувальної давності, можуть виникнути деякі наслідки іншого небажаного стибу. Утім, вони набагато легше усуваються як шляхом нормативного коригування, так і на рівні правозастосування. Скажімо, за українським законодавством перебіг позовної давності за вимогами про витребування речі починається

²¹ Энгельман И. Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. [Текст] И. Е. Энгельман – М.: Статут, 2003. – 511 с.

²² Сафронова Т. Н. Проблемы владения в гражданском праве. Диссертация кандид. юрид. наук. Саратов, 2002. – 234 с.

від моменту, коли власник дізнався про особу фактичного володільця – порушника його речового права. Цей момент може сильно відрізнятися від дати окупації майна. Для добросовісного набувача давніше володіння починається від часу отримання речі і надалі триває до закінчення встановлених строків. Якщо протягом даного часу власник не отримає інформації про порушника, у нього не виникне позовне домагання, але це жодним чином не вплине на набувальну давність: після її закінчення володар набуває право власності. На наш погляд, це цілком нормальне явище, оскільки за іншого способу регулювання і давність позовна, і, як наслідок, давність набувальна в окремих випадках не настане ніколи.

Дещо інший наслідок отримаємо, якщо позовна давність почалася протягом перебігу набувального строку (наприклад, власник у цей період дізнався про володіння), але до закінчення набувальної давності позов так і не був пред'явлений. Утім, в останньому випадку може трапитися, що позовна давність виникла якраз наприкінці набувального строку, що сильно ускладнить чи навіть унеможливить підготовку та пред'явлення віндикаційного позову за дуже короткий період. Становить така ситуація незручність для власника? Безумовно. Ось тут і має спрацювати коригувальний правовий механізм для загального правила: дану конструкцію теж слід врахувати нормативно,

наприклад шляхом подовження набувальної давності на мінімально необхідний строк для пред'явлення позову (наприклад, шість місяців), якщо протягом її нормальної тривалості власник пред'явить володарю несудову вимогу, і позовна давність за такою вимогою виникла не більш, як за два місяці до спливу нормального перебігу набувальної давності.

На практиці цілком реальною є ситуація, коли пред'явлення віндикаційного позову до нетитульного володаря річчю відбулося протягом набувального строку, але під час судового розгляду справи останній спливе. Оскільки жодних застережень стосовно можливості переривання чи зупинення набувальної давності у таких випадках цивільний закон не містить, отримаємо фактичне становище, згідно з яким на момент винесення судового рішення давнісний володільця перетвориться у власника, тоді як позивач втратить те матеріальне право, за захистом якого він звертався. Як результат, позивачу буде відмовлено у правовому захисті в зв'язку з припиненням існування самого суб'єктивного права. Таке положення не сприяє стабільності та одноманітності регулювання коментованих відносин. З огляду на це вважаємо за доцільне внести деякі корективи до українського цивільного законодавства. Так, було б правильним встановити, що набувальна давність подовжується на час закінчення

судового провадження за вiндикацiйним позовом. Чому продовжується, а не зупиняється, як пропонують деякi дослідники? Зупинення є способом обчислення строку, який полягає у тому, що певний вiдрiзок часу не зараховується до встановленого законом перiоду. Пiсля вiдпадiння певних обставин перебiг строку обов'язково продовжиться. У нашому ж випадку це не так. Якщо при розглядi вiндикацiйного позову, пред'явленого своєчасно, буде встановлено наявнiсть у володаря усього пакету заперечень проти вiндикацiї, останнiй визнається власником речi вiд часу окупацiї. Коли ж такого пакету немає, домагання про витребування майна буде задоволено. За будь-якого з цих варiантiв подальшого перебiгу набувальної давностi не вiдбудеться.

На пiдставi проведеного дослідження можемо зробити певнi висновки. Сучасне законодавство на вiдмiну вiд законодавства 19 столiття не пов'язує момент закінчення позовної давностi з моментом закінчення набувальної, воно також не завжди ув'язує початок набувальної давностi з закінченням перебiгу позовної. Вiдтак, мiж кiнцевими термiнами вказаних строкiв може бути досить тривалий промiжок часу. Протягом цього перiоду документальний власник часто не може повернути собi рiч, оскiльки можливiсть примусового захисту права вже скiнчилася, а iнша особа, володiючи рiччю, не стає її

власником. Виникає фактично нове речове право – право на нетитульне давнiсне володiння чужою рiччю. Тривалiсть дiї такого права становить час вiд добросовiсного заволодiння (i в цьому випадку частково може спiвпадати з перебiгом позовної давностi) або вiд закінчення позовної давностi при неперверненнi речi, отриманої за договором.

У разi набуття нетитульним володiльцем права власностi на майно за набувальною давнiстю пред'явлення до нього вiндикацiйного позову виключається: з таким позовом до суду може звернутися лише власник, але у речi не може бути декiлькох власникiв, право власностi позивача припиниться. Але цивiльним законом попередньому власнику має бути надане право на судовий захист, а стаття 344 ЦК – доповнена нормою такого змiсту: “При набуттi володарем права власностi на майно за набувальною давнiстю право власностi попереднього власника на дане майно припиняється. У разi, коли перебiг позовної давностi за вимогами власника про повернення майна, яке вибуло з володiння не з його волi, не вплив до моменту набуття володiльцем права власностi на чуже майно за набувальною давнiстю, попереднiй власник може звернутися до суду з вимогою про визнання за ним права власностi на спiрне майно в межах строкiв позовної давностi, що залишилися, а якщо цей строк становить менше шести мiсяцiв, то вiн продовжується

до шести місяців”. Подовження давнісного строку до шести місяців необхідне тому, що позивачу при пред’явленні позову буває важко встановити точну дату початку перебігу набувального строку, а відтак і моменту набуття права власності за набувальною давністю. У ч. 3 ст.344 ЦКУ слід також зазначити, що набувальна давність для визначених у ній випадків починає свій перебіг від моменту неповернення майна на виконання договору володільцем.

**Die Besonderheiten bei dem Einsatz von wirtschaftlichem Wissen
in den Organen der Straftatenermittlung und Straftatenverfolgung**

Dr. Switlana Jevdokimenko

Gerichtsgutachter für Fragen der wirtschaftlicher

Ermittlungen/ der Wirtschaftskriminalität,

Dr. iur.,

Direktor des staatlichen Unternehmens

„Charkiver Forschungs- und Projektinstitut für Bodennutzung“

Ukraine

Die Arbeit wird der Einsatz des spezifischen Wissens von Wirtschaftsspezialisten (Revisoren) und von Gerichtsgutachtern auf dem Gebiet der Wirtschaftswissenschaften bei der Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität verglichen. Dabei werden die prozessualen und außerprozessualen Formen des Wissensensatzes der Wirtschaftsexperten analysiert, die für die praktische Arbeit der Organe der Straftatenermittlung und Straftatenverfolgung zur Verfügung stehen. Diese Formen dienen dazu, die Vorfragen bei der Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten zu beantworten, die sich aufgrund der Ermittlungsunterlagen stellen. In diesem Beitrag werden die Gemeinsamkeiten der Tätigkeiten beider Arten von Wirtschaftsfachleuten bei der Durchführung der entsprechenden Revisionen oder wirtschaftlichen Gerichtsgutachten behandelt: die Gleichheit der wirtschaftlichen Operationen, wie sie sich aus den veröffentlichten Unterlagen ergeben; die Arbeit mit Buchhaltungsunterlagen und veröffentlichten Registern; die Verwendung des identischen wirtschaftswissenschaftlichen Wissens; der identische Einsatz von Untersuchungsverfahren; die vom Gericht oder der Ermittlungsbehörde gestellten Fragen oder Aufgabenstellung; die Herstellung des Kontakts zur Ermittlungsbehörde, bei der sich die Ermittlungsunterlagen befinden. Der Gerichtsgutachter kann neben der Durchführung seiner Untersuchung die Verursacher der Rechtsverstöße aufdecken, deren Zeitpunkt und Ort aber auch die Umstände dieser Verstöße und er kann die Methode der Revisionsdurchführung auswerten. Anders gesagt, die Revision und das Gerichtsgutachten können bei der Auswertung der Unterlagen den Stand der Vermögenswerte, ihre finanziellen Aspekte sowie die Finanzbewegungen feststellen aber nicht die Fakten ihrer Aneignung. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Revision und das Gerichtsgutachten es ermöglichen, Wirtschaftsverbrechen auf der Grundlage von Unterlagen aufzudecken, die die Information enthalten, dass bei einem Wirtschaftssubjekt Dokumente vorhanden sind, aus

denen sich bei dem Einsatz von wirtschaftswissenschaftlichem Sachverstand neue Tatsachen ergeben.

Особливості використання економічних знань правоохоронними органами

Євдокіменко Світлана Вікторівна

судовий експерт з питань економічних досліджень,

кандидат юридичних наук,

директор ДП «Харківській науково-дослідний та

проектний інститут землеустрою»

Україна

Метою роботи є визначення можливостей використання спеціальних економічних знань працівниками практичних підрозділів правоохоронних органів при розслідуванні економічних злочинів.

Виклад основного матеріалу

В юридичній практиці при розслідуванні та судовому провадженні злочинів про розкрадання та привласнення власності, посадових і господарських злочинів, інших економічних злочинів учасники кримінального провадження часто мають справу із питаннями бухгалтерського та податкового обліку, технології та аналізу фінансової діяльності суб'єкта господарювання тощо, які є дуже складними для розуміння у зв'язку з їх заплутаністю.

Судова практика показує, що у будь-якому випадку злочинні дії залишають за собою сліди в різних облікових та звітних документах господарської діяльності. Такі сліди стають предметом наукових досліджень з метою вивчення не тільки для розкриття і знешкодження, але і запобігання їм. Саме тому експерт-економіст є помічником правоохоронців у площині вирішення питань, основу яких складають знання бухгалтерського та податкового обліку, фінансово-економічного аналізу, документального аналізу результатів інвентаризації, аудиту, ревізії та використання економічної інформації.

Працівники правоохоронних органів, використовуючи методи судово-економічної експертизи та знання експерта-економіста, можуть своєчасно виявляти зміни у господарських процесах,

з'ясовувати та усувати причини і умови, які сприяють скоєнню злочинів у сфері господарювання, розробляти галузеві методики розслідування розкрадань, узагальнювати практику і робити науково-обгрунтовані висновки.

Судово-економічна експертиза тісно пов'язана з оперативно-розшуковою діяльністю, оскільки значна частина розслідувань у сфері економічної злочинності ґрунтується на оперативній інформації, яка дає напрям для пошукової роботи працівникам оперативних підрозділів та ревізорам. Криміналістичні методи дослідження допомагають працівникам контролюючих та правоохоронних органів визначати ступінь доброякісності документів первинного, бухгалтерського та податкового обліку, робити правильну оцінку зафіксованих ними господарських операцій.

В умовах реформування системи бухгалтерського обліку для працівників правоохоронних органів особливо важливими є знання в області судово-економічної експертизи. Головним завданням трансформації національної системи бухгалтерського обліку є приведення її у відповідність до вимог ринкової економіки та міжнародних стандартів бухгалтерського обліку. Перехід до міжнародних стандартів фінансової звітності обумовлений

реалізацією Україною стратегічного курсу на інтеграцію у світовий економічний простір. Така стратегія сприяє адаптації законодавства України до законодавства економічно розвинених країн, що є дуже важливим в умовах глобалізації економічної злочинності та розгалуженості її міжнародних зв'язків. Із цього витікає, що експерти-економісти сьогодні мають вирішувати питання допомоги правосуддю у розслідуванні та розкритті економічних правопорушень, досліджуючи нові способи скоєння економічних злочинів на сучасному етапі розвитку України, у період розвитку ринкових відносин та становлення правової держави.

Спеціальні економічні знання широко використовуються в діяльності правоохоронних органів у боротьбі з економічними правопорушеннями для вирішення ряду завдань, що обумовлюють статус об'єктів цих знань і значення їхнього використання. Саме потреби практичної діяльності вирішально впливають на напрям розвитку наукових криміналістичних досліджень. Однак, пріоритетне значення має використання спеціальних знань у тих формах, що передбачені процесуальним законодавством України з метою отримання доказів. На стадії досудового розслідування досить поширеними є непроцесуальні форми використання

спеціальних економічних знань, оскільки особливістю економічних правопорушень являється недоступність більшості слідів таких правопорушень безпосередньому сприйняттю. Саме тим, що виявлення та встановлення їх належності саме цьому правопорушенню, дослідження та використання як доказу, і обумовлює необхідність застосування економічних знань.

У процесі практичної діяльності правоохоронних органів були вироблені процесуальні і непроцесуальні форми використання спеціалістів для вирішення ряду проміжних завдань у боротьбі з економічною злочинністю, що знайшло відображення у законодавчих актах, які визначають статус різних правоохоронних структур.

Органи прокуратури – відповідно до ч. 3 ст. 20 Закону України «Про прокуратуру» (діяв раніше до 14.07.2015 р.), прокурорам та їх заступникам було надано право «вимагати від керівників та колегіальних органів проведення перевірок, ревізій діяльності підпорядкованих і підконтрольних підприємств, установ, організацій та інших структур незалежно від форм власності, а також виділення спеціалістів для проведення перевірок, відомчих і

позавідомчих експертиз».¹ Відповідно до вимог Закону України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 р. № 1697-VII, який 15.07.2015 року набрав чинності такі повноваження щодо дії працівників прокуратури не передбачаються.²

Діяльність Міністерства внутрішніх справ у боротьбі з економічними правопорушеннями орієнтується на законодавство, яким передбачено наступне:

Закон України «Про міліцію» (ч. 2 п. 24 ст. 11), який був чинний до 07.11.2015 р. надавав право керівникам управлінь та міських відділів вимагати від матеріально відповідальних і службових осіб підприємств, установ, організацій відомості та пояснення по фактах порушення законодавства, проведення документальних і натуральних перевірок, інвентаризацій і ревізій виробничої та фінансово-господарської діяльності».³ Відповідно до ст. 23. Закону України «Про

¹ Про прокуратуру : Закон України від 05.11.1991 р. № 1789-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 793.

² Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.

³ Про міліцію : Закон України від 20.12.1990 р. № 565-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 4. – Ст. 21.

Національну поліцію»⁴ працівники поліції відповідно до покладених на них завдань:

– виявляють причини та умови, що сприяють вчиненню кримінальних та адміністративних правопорушень, вживають у межах своєї компетенції заходів для їх усунення;

– вживають заходів з метою виявлення кримінальних, адміністративних правопорушень; припиняють виявлені кримінальні та адміністративні правопорушення;

– здійснюють своєчасне реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події;

– здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень у межах визначеної підслідності;

– у випадках, визначених законом, здійснюють провадження у справах про адміністративні правопорушення, приймають рішення про застосування адміністративних стягнень та забезпечує їх виконання.

Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (п.2 ст.12) визначає право керівників спеціальних підрозділів по

⁴ Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580 – VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 40–41. – Ст. 379.

боротьбі з організованою злочинністю органів внутрішніх справ «залучати до проведення перевірок, ревізій та експертиз кваліфікованих спеціалістів установ, організацій контрольних та фінансових органів»;⁵

«Положення про Департамент державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України» делегує працівникам підрозділів Державної служби боротьби з економічною злочинністю право «порушувати в установленому законом порядку питання про проведення перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності та осіб, які займаються підприємницькою діяльністю або іншими видами господарської діяльності індивідуально, та брати участь в їх проведенні (п. 4.2.6.)».⁶

В органах Служби безпеки України (Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (пп. «в» п. 2 ст. 12)

⁵ Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю. Закон України від 30.06.1993, № 3341–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 358.

⁶ Положення «Про Департамент державної служби боротьби з економічною злочинністю Міністерства внутрішніх справ України» : затв. наказом МВС України від 03.09.2012 р. № 769. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1588-12>

регламентує право керівників спеціальних підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю Служби безпеки України «залучати до проведення перевірок, ревізій та експертиз кваліфікованих спеціалістів установ, організацій, контрольних і фінансових органів».⁷

Непроцесуальні форми використання правоохоронними органами спеціальних економічних знань найчастіше передують кримінальному провадженню і проведенню процесуальних дій. Часто підставами кримінального провадження з економічних правопорушень являються матеріали ревізії, аудиту або перевірки.

Ревізія представляє собою перевірку бухгалтерських документів і бухгалтерських записів. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні» ревізія визначається як метод документального контролю за фінансово-господарською діяльністю підприємства, установи, організації, дотриманням законодавства з фінансових питань, достовірністю обліку і звітності, спосіб документального викриття нестач, розтрат, привласнень та крадіжок коштів та матеріальних цінностей, попередження

фінансових зловживань.⁸ За результатами ревізії складається акт. З іншого боку, перевірку визначають як обстеження і вивчення конкретних ділянок фінансово-господарської діяльності суб'єкта господарювання або його підрозділів. Результати перевірки оформлюються довідкою або доповідною запискою.

Сутність діяльності спеціаліста-економіста у процесі призначення документальної ревізії полягає у наданні допомоги слідчому, коли є необхідність вирішення загальних питань; призначення первинної ревізії та проведення аналізу її матеріалів; призначення додаткової або повторної ревізії. Розглянемо кожний із цих видів допомоги спеціаліста-економіста слідчому більш докладно.

У процесі призначення документальної ревізії спеціаліст-економіст надає допомогу слідчому у вирішенні загальних питань, а саме:

–цілеспрямованість призначення документальної ревізії та визначення її виду;

–визначення посадових осіб та відділів фінансово-господарської діяльності, що необхідно перевірити;

⁷ Про Службу безпеки України. Закон України від 25.03.1993 р. № 2229–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 27. – Ст. 382.

⁸ Про державну контрольно-ревізійну службу в Україні. Закон України від 26.01.1993 р. № 2939–XII (зі змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 13. – Ст. 110.

—організація проведення документальної ревізії.

При призначенні первинної документальної ревізії допомога спеціаліста-економіста слідчому полягає у наступному:

—для отримання повних відповідей експерта-економіста на питання судово-економічної експертизи рекомендує слідчому перелік документів, які необхідно вилучити у суб'єкта господарювання для дослідження;

—після визначення переліку документів для дослідження, спеціаліст може вказати місце їхнього можливого знаходження, а також кількість екземплярів, які будуть потрібні експерту для перевірки. Вирішення таких питань є дуже важливим, коли йдеться про співучасників злочину, які являються працівниками підприємства або його філій, тощо;

—за відсутності окремих документів, які потрібні слідчому, спеціаліст може допомогти знайти інші документи, які містять потрібну інформацію;

—оскільки спеціаліст добре знає особливості документообігу на конкретному підприємстві, він може пояснити слідчому структуру, схеми системи руху первинних, бухгалтерських, податкових та інших облікових документів, способи відображення в них

господарських операцій, а також форми накопичування даних про рух матеріальних цінностей;

—відповідно до матеріалів, які має слідчий, спеціаліст може допомогти визначити обсяг первинної ревізії. Велике значення має встановлення порядку проведення ревізійних дій; кола осіб, які повинні надати пояснення ревізорів; можливість та порядок звернення до контрагентів для проведення зустрічних перевірок;

—спеціаліст може дати слідчому рекомендації щодо найдоцільніших методів фактичного контролю, а саме інвентаризації, лабораторному аналізу тощо;

—спеціаліст також допомагає слідчому у формулюванні питань на ревізію, оскільки найбільш важливим та складним являється визначення завдань ревізорів, а саме ці питання дозволять отримати максимальну інформацію від проведення ревізії.

Допомога спеціаліста не обмежується тільки первинною ревізією, від може брати активну участь у процесі додаткової та повторної ревізії. Сутність його допомоги визначається якістю проведеної первинної документальної ревізії. За умови, коли у результаті проведеного аналізу первинної ревізії слідчий після аналізу документу бачить, що ревізія була проведена на

неналежному рівні, поверхнево, встановлені правила були порушені, а результати не відображають всіх необхідних моментів, включають необґрунтовані та сумнівні висновки, він приймає рішення про проведення повторної або додаткової ревізії. З таких умов спеціаліст може допомогти визначити перелік документів, які необхідно додатково отримати у суб'єкта господарювання.

Як показує судова практика та опитування слідчих, форми використання спеціальних економічних знань часто плутаються. В одних і тих самих ситуаціях одні слідчі призначають ревізію, інші – судово-економічну експертизу. Тому іноді судово-економічна експертиза підміняється ревізією і слідчий передає ревізорам зібрані документи бухгалтерського обліку та доручає їм встановити факти певних порушень, розмір і період утворення нестачі матеріальних цінностей та грошових коштів, вирішення інших завдань, які відносяться до компетенції судово-економічної експертизи. Поряд із тим, ревізорам іноді передаються матеріали з кримінальних проваджень, у тому числі висновки інших видів експертиз. З іншого боку, при призначенні ревізій, часто повторних, у кримінальному провадженні виявляється кілька актів з різними

висновками, які часто містять протиріччя, тому суди повинні повернути матеріали на додаткове розслідування. Така ситуація свідчить про те, що потрібні наукові підходи та чіткі процедури призначення ревізій та судово-економічних експертиз для забезпечення оптимальних умов для швидкого і якісного розслідування економічних правопорушень.

Основною причиною таких колізій законодавства, є недостатньо чіткі межі використання документальної ревізії та судово-економічної експертизи у кримінальному провадженні. Науковці зазначають, що діяльність ревізора і експерта у процесі досудового розслідування є дуже схожою, можна виділити спільні риси їхньої діяльності:

- досліджують однакові господарські операції, які відображені в облікових документах;

- працюють, в основному, із бухгалтерськими документами та обліковими регістрами;

- використовують у своїй роботі знання з однакової галузі економічних знань;

- застосовують практично одні і ті самі прийоми дослідження матеріалів, як спеціалісти-економісти;

- сформульовані слідчими чи судом питання або завдання визначають плани їх роботи;

—знаходяться у контакті із слідчим, у провадженні якого знаходяться матеріали правопорушення.

Саме тому процес проведення ревізії на досудовому розслідуванні, а також розмежування ревізії та судово-економічної експертизи в умовах дії нового кримінального процесуального законодавства України являється актуальним і потребує наукового дослідження і вирішення.

Основні труднощі у розслідуванні економічних правопорушень пов'язані із тим, що правопорушення вчиняються з використанням зовні законних фінансово-господарських операцій, які відображені в облікових та звітних документах. Здійснені злочинцями операції відрізняються від законних тим, що в документи вносяться дані, які не відповідають дійсності. Тому навіть за умови виявлення неправильності оформлення облікових або звітних документів, важко встановити було це помилкою чи умисними діями особи, що склала даний документ. Ревізія може лише виявити певні невідповідності або порушення такі, як невиконання вимог щодо оформлення актів списання матеріальних цінностей, факти нестачі або надлишків майна та інші дії. Судово-економічна експертиза поряд із цим може виявити причетних до виявлених

порушень, їх час і місце, а також умови, які сприяли таким порушенням, перевірити правильність методики проведення ревізії. Інакше кажучи, ревізія і економічна експертиза можуть шляхом дослідження документів визначити стан матеріальних цінностей і грошових коштів та їх рух, але не факти їх привласнення. Саме тому є неправильним проводити розмежування між ревізією та судово-економічною експертизою за ознакою можливості встановлення факту розкрадання майна, оскільки ні ревізія, ні бухгалтерська експертиза не встановлюють складу злочину, а лише виявляють обставини фінансово-господарської діяльності, які дають підстави для юридичних висновків. Для повного обґрунтування подібних висновків необхідно провести комплекс слідчих дій, спрямованих на аналіз інформації, отриманої в результаті використання спеціальних економічних знань. Таким чином, ревізія та економічна експертиза призначаються при розслідуванні економічного правопорушення на підставі даних про те, що у суб'єкта господарювання є документи обліку та звітності, які дозволяють при їх дослідженні з використанням спеціальних економічних знань встановити нові факти.

Відмінність між такими формами використання спеціальних економічних

знань, як ревізія та судово-економічна експертиза, полягає у їх процесуальній урегульованості та значенні результатів у встановленні істини. Іноді науковці стверджують, що проведення ревізії у кримінальному провадженні є самостійним способом збирання доказів або слідчою дією. При цьому йдеться не про проведення ревізії самої по собі і не дії ревізора, а діяльність слідчого, що призводить до проведення ревізії і появи у матеріалах кримінального провадження відповідного документа – джерела доказів. Проти такого підходу був П. Пошюнас, який стверджував, що слідчий перекладає свої функції на ревізора, коли використовує його для збирання доказів.⁹ Вказівка на те, що докази виявляються у результаті діяльності слідчого, а не проведення ревізії, по суті нічого не змінює, оскільки організаційна діяльність слідчого з процесуальної точки зору не являється способом збирання доказів, хоча для проведення розслідування в цілому є дуже важливою.

У постанові Пленуму Верховного суду України від 30.05.1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» прямо вказується на недопустимість заміни експертизи

⁹ Пошюнас П. К. Судебная ревизия и судебно-экономическая экспертиза / П. К. Пошюнас. – Вильнюс : Минтис, 1990. – 232 с.

ревізіями. У постанові зазначається, що «акти, чи інші документи, в тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань, у тому числі про причини аварії, вартість ремонту, розмір нестачі матеріальних цінностей, не можуть розглядатись як висновок експерта та бути підставою для відмови у призначенні судово-економічної експертизи, навіть якщо вони одержані на запит суду, органів дізнання, слідчого або адвоката (п.1 8)».¹⁰ З урахуванням наведеного вище, слід зауважити, що ревізія не може бути визнана процесуальною дією, а ревізор самостійною процесуальною фігурою. Поряд із цим, непроцесуальний характер діяльності ревізора не забезпечує об'єктивність, повноту, достовірність та якість ревізії, оскільки обвинувачений та інші учасники кримінального провадження не мають можливості поставити додаткові питання ревізору, заявити йому відвід тощо. Аналізуючи наведене вище, можна стверджувати, що:

– документальна ревізія як непроцесуальна форма використання спеціальних бухгалтерських знань може бути застосована в діяльності

¹⁰ Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.1997 № 8 // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3. – С. 2–5.

правоохоронних органів як засіб документального виявлення ознак економічного правопорушення, а саме документальних матеріалів, які можуть бути підставами для початку кримінального провадження;

–документальна ревізія може призначатись учасниками кримінального провадження (слідчим, слідчим-суддею, прокурором, адвокатом, судом) за правопорушенням тільки в тому випадку, коли кримінальне провадження почалось не за матеріалами ревізії, а за даними, отриманими в результаті використання таких методів фактичного контролю фінансово-господарської діяльності як: інвентаризація, контрольні обміри виконаних робіт, лабораторні випробування тощо;

–матеріали ревізії набувають значення доказів тільки після їх перевірки процесуальними засобами, у тому числі, шляхом призначення судово-економічної експертизи;

–статус процесуальної фігури ревизор набуває, коли виступає у кримінальному провадженні як свідок або спеціаліст і може повідомити про факти, які стали йому відомі в результаті застосування спеціальних економічних знань при виконанні своєї службової ревізійної діяльності.

Висновки

Доведено, що в процесі практичної діяльності правоохоронних органів були вироблені процесуальні і непроцесуальні форми (які найчастіше передують процесуальним діям) використання спеціалістів-економістів для вирішення ряду проміжних завдань у боротьбі з економічною злочинністю, що знайшло відображення у законодавчих актах, які визначають статус різних правоохоронних структур. Наголошується, що ревізія, як непроцесуальна форма, та судово-економічна експертиза, як процесуальна форма, призначаються при розслідуванні економічного правопорушення на підставі даних про те, що у суб'єкта господарювання є документи обліку та звітності, які дозволяють при їх дослідженні з використанням спеціальних економічних знань встановити нові факти. Відмінність між цими формами використання спеціальних економічних знань полягає у їх процесуальній урегульованості та значенні результатів у встановленні істини. Встановлено, що експерти-економісти сьогодні мають вирішувати питання допомоги правосуддю у розслідуванні та розкритті економічних правопорушень, досліджуючи нові способи скоєння економічних злочинів на сучасному етапі розвитку України, у

період розвитку ринкових відносин та становлення правової держави.

**Aspects of Legal Regulation of Compensation Schemes
in European and Ukrainian Co-Investment Markets**

Iryna Polianska

*postgraduate student of Intellectual Property,
Information and Corporate Law chair,
Law Faculty, Ivan Franko National University of Lviv
Ukraine*

Problem's setting

The Ukrainian stock market is not legally stable and steady structure. It is under constant transformation caused both by internal development factors and globalization processes in the world market of financial services. Investors make a large and powerful, however at the same time potentially “weak” group in this market; therefore, the increase of investors’ right protection level is the highest priority in the stock market reforms. Asymmetric status of investors and professional stock market traders requires special approach to regulation of investors’ activities and de-risk from fraudulent actions of any kind.

In Yu. Fogelson’s opinion, the requirement of information disclosure, prudential supervision, and rules for finance service advertising – all these things ensure protection of individuals (retail customers of financial organizations), when the financial organization works successfully and fulfills

its obligations to customers. However, it is quite often that a financial organization is no more able to fulfill its contractual obligations. The situation may be caused by various factors, from volatile general market condition to supervisory error.¹ In such cases investors suffer from substantial material loss, as they cannot return their capital investment. Generally, it is impossible to anticipate and prevent these manifestations of a crisis in stock market. Therefore, the world community has found alternative option of protection of investors’ rights on money and instruments owned by them. This option may be reduced to introduction of special guarantee and compensation instruments meant to mitigate the impact of investment company’s failure before its investors.

Compensation instruments in favor of investors are relatively new in the Ukrainian stock market and they are still under

¹Fogelson Yu. B. Finance service customers right protection / Yu. B. Fogelson, M. D. Yefremova. – Moscow : Norma, Infra – Moscow., 2010. – 368 p. – page 255.

discussion. Therefore, this article is *aimed at* comprehension of feasibility and viability of introduction of guarantee and compensation instruments in Ukraine, as well as proportionality of such a measure for all participants of the national stock market, especially through analysis of theoretical basis and practice of compensation instruments functioning in Europe together with review of the Ukrainian legislation in this sphere.

Presentation of material

Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council dated from March 3, 1997 on Investor-Compensation Schemes (hereinafter referred to as the ICSD) makes the legal basis for introduction of the European guarantee and compensation instruments. It assures minimum protection level, being a kind of “ultimate authority” measure for small investors in situation, when the investment company’s fails to return cash or other financial instruments to the customer.

According to p. 2, the Article 2 of the ICSD, its legal regulation covers only those investors’ losses that are related to the investment business. Investment business means any investment service as it is defined in the Section A, annex 1 to the Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council dated from April 21, 2004 on

Markets in Financial Instruments Amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC (hereinafter referred to as the MIFID), as well as additional services including depositing and administration of financial instruments on customers’ accounts according to part 1, Section B, annex 1 to the same Directive. At the same time it is indicated in the MIFID that: “This Directive shall not be applied to collective investment undertakings and pension funds whether coordinated at Community level or not and to depositaries and managers of such undertakings” (“h” p. 2, the Article 1).

Therefore, the Directive 97/9/EC does not protect the rights of investors of undertaking for collective investment in transferable securities (hereinafter referred to as the UCITS) since: UCITS is not a financial service, regulated by MIFID, while depositaries or sub-custodians UCITS are not necessarily investment companies in terms of this Directive.

The European Commission observes an unequal attitude to investors here. In order to eliminate this problem, shareholders must be entitled to compensation through compensation scheme in the event of

depository or sub-custodian UCITS bankruptcy.²

The explicit suggestions of the Commission were reflected in the text of amendments to the ICSD (with Amendments 2010/0199³) prepared by the Commission. On the contrary, the European Parliament and Council place in question the possibility of expanding this Directive 97/9/EC. Their position is based on the opinion of the most EU member states, which “expressed serious concern as for expanding the Directive 97/9/EC to situations of depository UCITS failure”.⁴

The European Fund and Asset Management Association (EFAMA) name the following main reasons for collective investment market concerns⁵: 1) the offer

appears too early, i.e. coming ahead of realization of requirement for revision of the depository UCITS legal status; 2) special features of collective investment raising serious legal and practical issues have not been considered. For example, Directive’s 97/9/EC basic principle is the reduction of compensation payment reasons to the fact of direct and immediate relation between an investor as an affected party, and investment company as a defaulting party. This relation can be traced for the investment company undertaking obligation to protect, manage or perform custody over money and any other instrument on behalf of the customer (investor). Thus if the investment company cannot return these financial instruments, it is the investor who is first to suffer from the negative impact.

The situation with the UCITS is slightly different. Though, there are options in legal regulation in various EU member states, in most cases the UCITS is presented as a legal or beneficiary owner of assets entrusted to the custody of the depository. So, depository’s errors influence the investors, but indirectly as there is no direct relation between these parties. This impact results in decrease of the net value of investor’s share, which undoubtedly is a material consequence of depository’s failure. In this relationship

²Alternatives to Investor Compensation Schemes and their Impact. – Directorate-General for Internal Policies. Policy Department A: Economic and Scientific Policy, PE 492.451, – 2012–Internet source: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/492451/IPOL_ECON_ET\(2012\)492451_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/492451/IPOL_ECON_ET(2012)492451_EN.pdf)

³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council on investor compensation schemes. – Internet source: – http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/dir-97-9/proposal-modification_en.pdf

⁴ Council of the European Union (2005a) «Interinstitutional File: 2010/0199 (COD) Note12032/11», Brussels: Council of the EU. – 24/06/2011 – Internet source: http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvj9idsj04xr6/viqj578mndzw

⁵ EFAMA Preliminary Position Paper on the Commission’s proposal amending the Directive in Investor Compensation Schemes – Internet source: [https://www.efama.org/Publications/Public/Investor_Compensation_Scheme_Directive/10-](https://www.efama.org/Publications/Public/Investor_Compensation_Scheme_Directive/10-4088_EFAMA%20Position%20paper%20on%20ICSD%20Review.pdf)

[4088_EFAMA%20Position%20paper%20on%20ICSD%20Review.pdf](https://www.efama.org/Publications/Public/Investor_Compensation_Scheme_Directive/10-4088_EFAMA%20Position%20paper%20on%20ICSD%20Review.pdf)

pattern, the UCITS is the primary affected party, which legal existence is completely ignored in the offered changes; 3) the burden of additional cost. It was concluded by EFAMA that contributions to the compensation scheme will be paid by investors of UCITS or by the UCITS itself. In any case, these expenses will decrease investors' profit size. Besides, the ex-ante expenditures are not balanced with the profit, which may be gained by investors under future enhanced security measures.⁶

Among the weaknesses of the suggested changes we should also mention that they are discriminating towards investors, who invest into master-feeder or fund of funds UCITS institutions. While depositary's failure causes negative impact on complete investment structure, it is declared that only principal fund investors are entitled to compensation payments. The matter is that the feeder fund as the owner of the master fund's shares obtains the professional investor status. According to p. 2, the Article 4 of appendix I

to the ICSD, professional investors may be included into compensation scheme coverage.

Taking into consideration the above mentioned and other problems, the suggested changes to the Directive 97/9/EC cannot be regarded as successful in hitting their primary targets. Therefore, after negotiations the provision for placing the UCITS under terms of the ICSD was excluded from the compromise text. However, neither the problems nor Commission's objectives were the main reason for such a decision. On the contrary, during the discussion of amendments to the Directive 97/9/EC, most members of the European stock market expressed their readiness to support Commission's efforts for investors' UCITS protection. At the same time, they did not approve the key concept of realization of this initiative. Thus, EFAMA reported that the protection of investors UCITS will be achieved not through expanding of the ICSD to the UCITS, but through constructive proposals on depositary regulation revision.⁷ Depositary's UCITS fault issues may be solved only according to special legal regulation provided in the Directives

⁶ EFAMA Preliminary Position Paper on the Commission's proposal amending the Directive in Investor Compensation Schemes – Internet source: https://www.efama.org/Publications/Public/Investor_Compensation_Scheme_Directive/10-4088_EFAMA%20Position%20paper%20on%20ICSD%20Review.pdf. – C.2, C.8; Commission's proposals amending the Directive in Investor Compensation Schemes (97/9/EC) BVI's comments and technical amendments. – Bundesverband Investment und Asset Management. – 9.10.2010. – Internet source: http://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/Regulierung/Positionen/Anlegerentsch%3%A4digung/2010-12-09_BVI_proposal_ICSD_Olle_Schmidt.pdf

⁷ EFAMA Preliminary Position Paper on the Commission's proposal amending the Directive in Investor Compensation Schemes – Internet source: https://www.efama.org/Publications/Public/Investor_Compensation_Scheme_Directive/10-4088_EFAMA%20Position%20paper%20on%20ICSD%20Review.pdf. – P.11.

concerning the UCITS.⁸ The European Parliament expressed the same attitude towards the idea of placing investors' UCITS loss compensation under the basic regulatory act for the UCITS. Under this pressure, the new version of p. 10, Premises of this Directive 97/9/EC was stated. Now the Commission is responsible for the development of suggestions on explanation of depositary's UCITS fault terms if "the depositary or a third party custodian, to which the assets UCITS are entrusted, is unable to fulfill its obligations to the UCITS for the reasons, which directly result from financial condition of the depositary or this third party custodian, – and such fulfillment cannot be reasonably expected". The prepared suggestions had to become grounds for further amendments of the Directive 2009/65/EC.

The idea of introduction of investor protection instruments in the stock market in the form of compensation programs

⁸ Commission's proposals amending the Directive in Investor Compensation Schemes (97/9/EC) BVI's comments and technical amendments. – Bundesverband Investment und Asset Management. – 9.10.2010. – Internet source: http://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/Regulierung/Positionen/Anlegerentsch%C3%A4digung/2010-12-09_BVI_proposal_ICSD_Olle_Schmidt.pdf; Investor Compensation Schemes – Position in the European Commission's Proposal to amend Directive 97/9/EC on Investor Compensation Schemes. – European Banking Federation. – 27.10.2010. – Electronic source: <http://www.ebf-fbe.eu/uploads/documents/positions/FinMark/15-November%202010-D1436G%20final%20clean-2010-Investor%20Compensation%20Schemes%20Directive.pdf>

(schemes) has been under discussion in Ukraine for the recent decade. There were about five versions of the draft of the law⁹ during this period; this law was aimed at improvement of the Ukrainian system of investor's right protection according to the best European traditions. Improvement concepts offered in these drafts of the laws were based on introduction of the compensation payments to investors, who have lost their investments due to the fact of their inaccessibility, in the Ukrainian stock market.

Interest groups argue for necessity to introduce such legal regulation based on Ukraine's obligations to bring national laws in compliance with the EU regulatory standards. Their key efforts are aimed at the Directive 97/9/EC implementation.

Among the most recent drafts of the laws, there is the Draft of the Law of Ukraine "On the Insurance System for Retail Investors' Investments in the Stock Market" dated from September 3, 2013, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on

⁹ Draft of the Laws of Ukraine "On Stock Market Investment Insurance Fund" dated from August 23, 2011 No. 9069, brought in by the Cabinet of Ministers of Ukraine – Internet source: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=9069&skl=7; Draft Laws of Ukraine "On individual investors' deposits and investments insurance fund" of 28 August 2013 № 3132, brought in by V.I. Aryev, people's deputy of Ukraine – Electronic source: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48082.

January 15, 2014 (hereinafter referred to as the Draft 2013).

Investment insurance system provided for in the Draft 2013, consists of two components: insurance fund for retail investors' investments in the stock market (hereinafter referred to as the Fund) and the set of contracts on joint-and-several liability. Participants of investment insurance system, namely security brokers and asset management companies (hereinafter referred to as the AMC), have the right to select on their own the form of participation in the compensation scheme.

As a matter of fact, not all investments in securities are covered by this draft of the law, it is only applied to a limited category of possible investments into the Ukrainian stock market instruments. First, it excludes corporate investments from the right to compensation. Secondly, it restricts retail investors to trustors under security management agreements and investors in securities of collective investment schemes (hereinafter referred to as the CIS). As for the CIS, their list is not complete as it excludes participants of venture corporate funds and shared funds (hereinafter referred to as the CF and SF).

Definition of investments (p. 1, the Article 1 of the Draft 2013) entitled to compensation *inter alia* includes "...monies invested in securities of the CIS". At the same

time, according to c. 4, p. 9, the Article 7 of the Law of Ukraine "On Collective Investment Schemes" dated from July 5, 2012 No. 5080-VI (hereinafter referred to as the Law of Ukraine "On the CIS"), the payment of securities of stock CIS while their sale or repurchase by the issuer may be performed proportionally at the expense of assets specified in the investment declaration of such a scheme. Based on the analysis of the above regulations, we may conclude that if an investor of stock CIS is entitled to compensation, the amount of the compensation claim must be reduced by the part of investment made with financial instruments other than money. It is obvious that the restriction of investments, made by CIS investors, to money results from inaccurate consideration of provisions of the Law of Ukraine "On the CIS". Additional supporting reason for this is that for another group of entities entitled to compensation, the investments may consist of various stock market instruments, not necessarily money.

"Inaccessibility of investments" is specified in the draft of the law as a compensation case, providing the right to compensation. Investments are inaccessible if the CIS is unable to return to investors due profit because CIS's money is insufficient and one of the following event has occurred: AMC license is cancelled, except cases, when the AMC applied for such cancellation; CIS's

default. The reasons of CIS's default are as follows: the CIS refuses to fulfill its obligation to repurchase security on investor's repurchase request; the fund fails to fulfill in time its obligation to repurchase security on investor's request, the delay being longer than 30 days (c. 3, p. 1, the Article 1 of the draft of the law).

Procedures of formation of Fund's financial sources make a material and quite disputable issue of the draft of the law. Participants of investment insurance system are obliged to replenish the Fund with admission charges and current membership fees. Submission charge is 1% of security broker's or AMC's statutory capital, and current membership fee – 0,1% of average quarterly value of investments by individuals. There is no doubt that such financial loading on AMC's expenditure budget will have impact on profitability of investors. The AMC will be forced to raise prices for their services. This will add financial "burden" onto stock market, which is in extremely unfavorable conditions as it is. Now there is a threat of mass decrease of few professional players of the stock market and their customers.

It should be also mentioned that interest rates specified in the Draft 2013 have no justified estimation. As these rates are similar to the rates provided in the Law of Ukraine "On Deposit Guarantee System for Individuals" dated from February 23, 2012

No. 4452-VI, it is possible that they were taken from the latter Law. The following is the response of the European Banking Federation (EBF) in objection to such a borrowing found in the draft of the law: "Investor Compensation Schemes are fundamentally different from Deposit Guarantee Schemes and must not be modeled on that basis. While the latter play an important role in financial stability, the former serve mainly the objective of consumer protection".¹⁰

Generally, it should be stated that this draft of the law was initially based on false grounds. While including CIS investors into compensation schemes, the authors of the draft of the law were focused just on the draft of the European document, i.e. the above Commission's Proposal to the Directive 97/9/EC. Proposal 2010/0199 was regarded by the national legislature as an existing law, though it was still under discussion while the Ukrainian draft of the law was being developed. Nevertheless, the Draft 2013 actually stated the implementation of a nonexistent Directive ICSD. This was because of basically unsuccessful step ahead

¹⁰ Investor Compensation Schemes – Position in the European Commission's Proposal to amend Directive 97/9/EC on Investor Compensation Schemes – European Banking Federation – Internet source: <http://www.ebf-fbe.eu/uploads/documents/positions/FinMark/15-November%202010-D1436G%20final%20clean-2010-Investor%20Compensation%20Schemes%20Directive.pdf>

of the European legislation. The introduction of this initiative a priori could not bring the Ukrainian system of CIS regulation closer to the European legal practice. The matter is that the national draft of the law complied with the Commission's draft neither in definition of categories of co-investment entities to which the Directive 97/9/EC would be prospectively applied, nor in specification of reasons for compensation scheme coverage to CIS investors. Though such Commission's suggestions were not approved in the context of the ICSD, the investor protection concept suggested by them was used in the draft of the new Directive UCITS V.

The basic principle of both Commission's Proposal to the Directive 97/9/EC and the UCITS V (the Article 24)¹¹ is the restriction of investor's UCITS right on the compensation only to assets loss, which occurred as a result of non-fulfillment or improper fulfillment of obligations by a depositary UCITS or any third person to whose custody the assets UCITS had been entrusted. According to c. 2, p.1, the Article 24 of the UCITS V, the depositary is obliged to return to the fund or the management

¹¹ Directive 2014/91/EU of the European Parliament and of the Council dated from July 23, 2014 amending Directive 2009/65/EC in the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) as regards depositary functions, remuneration policies and sanctions – Internet source: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1432731300799&uri=CELEX:02009L0065-20140917>

company financial instruments identical to the instruments, lost for depositary's fault, or to compensate the cost of such financial instruments. The depositary is free from responsibility, if it can prove that the loss of assets resulted from external events beyond its reasonable control, which appeared unavoidable in spite of all preventive actions. To avoid being held liable for the loss, the depositary cannot allude to fraudulent actions UCITS committed by depositary personnel (p. 26, Premises of the UCITS V).

Unlike the EU legislation, the Draft 2013 states that CIS investors become entitled to compensation payment based on actual default of the CIS or problems in AMC operations, which resulted in its license cancellation.

Mechanism of AMC property responsibility for breaches of legal, statutory, contractual requirements of co-investment market has been already provided in the basic regulation document in this sphere. The Article 67 of the Law of Ukraine "On the CIS" specifies compensation of loss, caused to the CIS by AMC' actions, from company's reserve fund and. if the reserve fund is not sufficient – using other AMC property (section VI of the Guidelines for special features of institutional investors' assets management, approved by the decree of the National Securities and Stock Market Commission on August 6, 2013 No.1414).

If the above sources are not sufficient for loss coverage, the authors of the draft of the law are sure that the investment insurance system will work. In our opinion, the latter is unacceptable at least for three reasons. Firstly, the compensation pool will be actually formed by CIS investors. Though this obligation is imposed on AMC, the company will transfer its fulfillment to CIS participants through CIS expenditure pattern redesign. This will result in decrease of investors' profit. Secondly, practical restructuring of Fund replenishing concept will result in the situation when the affected party, namely CIS investors, bears load of responsibility for illegal or unprofessional performance of the AMC. Thirdly, the AMC will be made to participate in Fund financing for all CIS, therefore, for all CF and SF assets, which are under the custody of the companies. Whereas it is not declared who is the owner of CF shares or SF investment certificates. In practice, it means that both retail and corporate CIS investors will make indirect contributions to the Fund. However, the corporate CIS participants will not be entitled to compensation. This violates the principle of equal treatment of investors and puts corporate investors in a disadvantaged position.

In view of this, AMC risk coverage mechanism should be clarified without actual formation of the Fund. According to the Draft

2013, joint-and-several liability of companies is an alternative to the Fund. This investment insurance method allows avoiding payment of admission charges and current membership fees. Participants of this mechanism are joint-and-severally liable for obligations of each contractual party to investors, who lost their investments through a fault of any professional stock market trader.

Implementation of joint-and-several liability mechanism, similarly to any other compensation scheme in the market of CIS operations, is quite a disputable issue due to risky nature of co-investment processes. Acts of commission and omission of any co-investment participant include potential risk. This risk is not specific only to professional managers, CIS asset custodians etc., but imminent the entire stock market, which is practically impossible to predict. Therefore, these management companies are allowed neither to assure CIS participants of definite income earning on purchased securities (or of certain income amount) or of absence of loss from security investment, nor to make any statement which can be regarded as warranty for the above (c. 18, p. 1, section V of the Guidelines No.1414).

Legal regulation in each EU member state requires that co-investment risks must be explained to potential investors, who then "invest in the UCITS on their own responsibility realizing that there are some

risks attached to their investments”¹². Acceptance of this fact by investors has its price. The investor realizes that investment into volatile stock market instruments, i.e. securities of instable price, will bring him all benefits from such an investment. Therefore, he agrees to take both operational and financial risks of UCITS. An investor who invests into a bank deposit, on the contrary, expects certain income amount, i.e. interest on deposit. Moreover, such an investor is not impaired with investment risk; entire risk is taken by the bank, which also gains the entire profit.

In this situation no EU member state protects investors UCITS from normal market risk of impairment of their investments. Compensation schemes that are introduced by national authorities in the European states to implement the Directive 97/9/EC, do not provide for coverage of co-investment market customers. For example, according to the Investor Compensation Act (Ireland) dated from August 1, 1998, compensation scheme does not expand to collective investment schemes such as trusts and UCITS, which are not authorized to manage individual

investment portfolios. There are similar provisions in the Law of Bulgaria “On Operations of Collective Investment Schemes” (sub-paragraph 2, paragraph 1, the Article 86) as well as in Belgian laws etc.

Legal protection system for investors of Russian investment funds is quite different. Its comparative analysis with Ukrainian “compensational” draft of the laws provides grounds to suggestion that Ukrainian legislature was oriented at investment insurance concept applied in the Russian Federation. Thus, in both cases there are similar reasons for compensation of loss to investors of investment funds: insufficient money and cancellation of creditor’s license. We can observe that participants of compensation schemes partially match¹³: management companies and corporate CIS¹⁴. The Law of Russian Federation “On Investment Funds” provides payments to investors to be made from the Federal compensation fund. However, since the latter has not been formed yet, its functions are vested on the Federal national fund for protection of the rights of investors and shareholders (the Article 63).

¹² Commission’s proposals amending the Directive on Investor Compensation Schemes (97/9/EC) BVI’s comments and technical amendments – Internet source: http://www.bvi.de/fileadmin/user_upload/Regulierung/Positionen/Anlegerentsch%C3%A4digung/2010-12-09_BVI_proposal_ICSD_Olle_Schmidt.pdf
<http://www.investorcompensation.ie/about/origin-of-the-scheme-new.212.html>

¹³ The Article 63 of the Law of Russian Federation “On Investment Funds” dated from October 29, 2001 No. 156-FL also includes specialized depositaries and persons who keep the register of investment shares owners, into the list of participants of the compensation scheme.

¹⁴ Corporate investment fund (scheme) was added to participants of the Investment insurance fund according to the previous national draft of the laws in the sphere of compensation payments regulation.

We support the objective of the Ukrainian legislature to enhance protection of the rights of CIS investors and to improve co-investment market functioning through implementation of compensation schemes. However, we believe that such critical innovations must be thoroughly regarded and soundly based. Related risks must be minimized with investors' benefits being substantial. Unfortunately, such level of compensation mechanisms has not been developed yet.

Conclusions

Analysis of the Ukrainian draft of the laws and opinions of Ukrainian and foreign experts prove that the efforts to implement investment insurance system in Ukraine are premature. They bear a great threat of using this system as a shadow mechanism for money laundering. Similar is the situation in the European market, as the EU member states show that they are not properly prepared to implementation of investors of UCITS compensation policy. These states use their entire legal, scientific and practical potential for constructive contribution into revision of UCITS depositary regime. Upgrading of penalties to depositaries for breach or improper fulfillment of their UCITS assets custody obligation is the key highlight

of EU policy in the sphere of investors of UCITS legal protection.

Consequently, we believe that the same issues must become priority to the national legislature as well. This will be in line with modern international tendencies and Ukraine's striving for the European integration. Therefore, we think that further development of protection mechanism for CIS investment participants should be targeted at improvement and amendment of legislation for upgrading of penalties to depositaries for breach or improper fulfillment of their obligations to CIS. At the same time, the mechanism of compensation payments to investors, who have lost their investments should be regarded as prospective area of focus for participants of Ukrainian and international markets of legal regulation.

