



Business
OMBUDSMAN
Council

СИСТЕМНИЙ ЗВІТ

ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ З БОКУ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ У ЇХ СТОСУНКАХ З БІЗНЕСОМ

січень 2016

Зміст

1	ВСТУП	3
2	ТИПОЛОГІЯ ЗЛОВЖИВАНЬ З ПРАКТИКИ РАДИ	6
	2.1 БЕЗПІДСТАВНИЙ ПОЧАТОК ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ	6
	СУТЬ ПРОБЛЕМИ	6
	РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ	11
	2.2 НЕОБҐРУНТОВАНА ВІДМОВА У ВІДКРИТТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ	12
	СУТЬ ПРОБЛЕМИ	12
	РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ	14
	2.3 НЕЕФЕКТИВНІСТЬ (ЗАТЯГУВАННЯ) ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	15
	СУТЬ ПРОБЛЕМИ	15
	РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ	18
	2.4 ЗЛОВЖИВАННЯ НА ЕТАПІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ	19
	СУТЬ ПРОБЛЕМИ	19
	РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ	23

1 ВСТУП

Цей звіт Ради бізнес-омбудсмена (далі – «Рада») присвячено аналізу проблеми зловживань повноваженнями з боку правоохоронних органів, які заподіюють тиск на вітчизняний бізнес (далі – «Звіт»). Масштабність цієї проблеми, серед іншого, підтверджується тим, що станом на 1 лютого 2016 року, із 621-ої отриманої Радою скарги, 112 (або 18%) скарг містять претензії щодо різних зловживань з боку органів досудового розслідування та органів прокуратури.

В Звіті розглядається типологія таких зловживань, яка базується на власному практичному досвіді Ради. Кожен з типів таких зловживань розглянуто шляхом (1) опису суті відповідної проблеми (з посиланням на конкретні справи, з якими ми стикалися в нашій практичній роботі), та шляхом (2) підготовки переліку конкретних рекомендацій, спрямованих на мінімізацію виникнення таких зловживань в майбутньому.

Звіт розпочинається з аналізу практики [безпідставного початку досудового розслідування кримінальних проваджень](#). Так як у бізнесу відсутня можливість оскаржити внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – «ЄРДР»), то відповідно немає і можливості перешкодити проведенню досудового розслідування у випадку необґрунтованого відкриття кримінального провадження. Тут ми також звернули увагу на те, що кримінальні провадження можуть бути розпочатими та розслідуватися без обмеження в строках такого розслідування, так як чинне законодавство встановлює строки розслідування лише з дня вручення особі повідомлення про підозру у вчиненні злочину. Враховуючи той факт, що 1/3 скарг, поданих до Ради, стосується саме кримінальних проваджень, що були розпочаті слідчими управліннями фінансових розслідувань Державної фіскальної служби України, в цьому розділі ми рекомендуємо:

- (1) Заборонити на законодавчому рівні кримінальне переслідування особи

за ухилення від сплати податків до остаточного узгодження податкових зобов'язань.

- (2) Встановити можливість передачі матеріалів податкових перевірок до слідчих підрозділів фінансових розслідувань лише після остаточного узгодження податкових зобов'язань в адміністративному та/або судовому порядку (у випадку звернення платника податків до суду – з дати набрання законної сили рішенням суду).
- (3) Підвищити пороговий розмір фактичного ненадходження до бюджету податків, зборів, єдиного соціального внеску, починаючи з якого діяння вважалось би кримінальним правопорушенням.

Наступна тема – це проблема [необґрунтованої відмови у відкритті кримінальних проваджень](#). Так, представники органів досудового розслідування часто-густо зловживають своїми повноваженнями намагаючись на власний розсуд приймати рішення щодо того реєструвати заяву про кримінальне правопорушення чи ні. В результаті заявники отримують відмови у внесенні відомостей до ЄРДР за поданими заявами про вчинення злочинів. В зв'язку із вищезазначеним, Рада рекомендує:

- (1) Генеральній прокуратурі України розробити методичні рекомендації та роз'яснення щодо того, як скаржникам оформляти заяви чи повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення. Такі рекомендації мали б, зокрема, вказувати на необхідність повідомляти в заяві чи повідомленні про обставини вчинення злочину та правову кваліфікацію вчиненого злочину (наприклад, посилатися на відповідну статтю Кримінального кодексу України (далі – «КК України»), повідомляти про місце, час, осіб та інші обставини скоєного кримінального правопорушення).
- (2) Внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України (далі – «КПК України») встановивши обов'язок

слідчого/прокурора повідомити заявника про отримання заяви/повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення та внесення відомостей до ЄРДР і початок досудового розслідування за такою заявою/повідомленням.

- (3) Внести зміни до КПК України встановивши обов'язок слідчого/прокурора роз'яснити заявнику право та порядок звернення до суду зі скаргою на бездіяльність слідчого у випадку невнесення відомостей до ЄРДР.

Третій вид зловживань на який ми звернули увагу в Звіті – це **неефективність (затягування) досудового розслідування**, що, як правило, полягає в бездіяльності органів досудового розслідування та неналежному нагляді органів прокуратури у кримінальних провадженнях, які тривають роками. В частині мінімізації цього типу зловживань ми рекомендуємо:

- (1) Внести зміни до КПК України щодо визначення максимальних строків досудового розслідування кримінальних проваджень до повідомлення особи про підозру. Такі строки можуть бути продовжені прокурором вищого рівня.
- (2) Надати особам, уповноваженим здійснювати організаційно-розпорядчі функції від імені підприємства (наприклад, генеральний директор, фінансовий директор, головний бухгалтер, член правління акціонерного товариства) та щодо яких проводяться різноманітні слідчі дії, окремі процесуальні права з тих, які передбачені для осіб, яким повідомлено про підозру.
- (3) Внести зміни до КПК України, якими передбачити можливість для третіх осіб, права яких обмежуються та/або порушуються під час досудового розслідування (щодо яких ведеться досудове розслідування), оскаржити недотримання розумних строків прокурору вищого рівня. На даний момент таке право мають лише підозрюваний, обвинувачений і потерпілий.

Звіт закінчується комплексним аналізом різних типів зловживань, які вчиняються на стадії досудового розслідування, які, до речі, становлять близько ¼ від усіх скарг, які ми отримали на дії або бездіяльність правоохоронних органів. В даному розділі ми акцентуємо увагу на (1) порушеннях при проведенні обшуків, отриманні тимчасового доступу до речей та документів і арешті майна; та (2) непропорційності обсягу вжитих процесуальних заходів в рамках досудового розслідування кримінальних проваджень.

В цьому розділі рекомендації полягають у наступному:

- (1) Строк тимчасового доступу до оригіналів документів, що не містять на собі слідів злочину, обмежити 3-ма місяцями. З метою уникнення використання вилучення оригіналів документів під час тимчасового доступу як засобу тиску на бізнес важливо щоб строк тимчасового вилучення оригіналів документів не був напругою пов'язаний зі строком досудового розслідування. Для цього необхідно внести до КПК України відповідні зміни, із тим, щоб встановити максимально граничні строки тимчасового доступу до вищезгаданих документів.
- (2) Внести комплексні зміни до КПК України, запровадивши спеціальну процедуру вилучення цифрових даних, яка, серед іншого, не буде передбачати вилучення комп'ютерного обладнання та дозволить уникнути зупинки роботи підприємств через вилучення серверів.
- (3) Внести зміни до Закону України «Про судову експертизу», встановивши стандартний строк проведення експертизи тривалістю в 3 місяці, який, за необхідності, може бути продовжений слідчим суддею/судом. Радою також пропонується внести зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими встановити відповідальність за порушення експертом строків проведення експертизи.

- (4) Розглянути можливість внесення змін до КПК України щодо обов'язкового відеозапису такої слідчої дії як обшук. При цьому варто, вочевидь, передбачити, що тільки ті докази, які були зібрані під час такої відео-фіксації обшуку, можуть бути визнані допустимими.
- (5) Внести зміни до КПК України із тим, щоб зобов'язати прокурора протягом доби з моменту вилучення слідчим речей та документів перевіряти законність такого вилучення і про результати письмово інформувати особу, майно якої було вилучено.
- (6) Покращити механізми контролю над особистою відповідальністю співробітників правоохоронних органів за порушення допущені ними під час проведення слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження. Для цього, зокрема, окрім існуючих Дисциплінарних статутів прокуратури України та проекту ЗУ «Про дисциплінарний статут Національної поліції», які є внутрішніми відомчими механізмами, розглянути можливість залучення громадських організацій до роботи таких відомчих дисциплінарних комісій.

* * *

В тій мірі в якій рекомендації Ради передбачають внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України, Рада сподівається і очікує, що після публікації цього Звіту, Кабінет Міністрів України (далі – «КМУ») ініціюватиме створення Експертної Групи, якій буде доручено обговорити та розробити відповідні зміни до законодавства. Для забезпечення ефективної роботи, пропонуємо щоб, окрім КМУ та Ради, до складу такої Експертної Групи ввійшли представники Верховної Ради України, Адміністрації Президента України, а також представники судової гілки влади та правоохоронних органів.

Цей звіт було підготовлено

*заступником бізнес-омбудсмена
Ярославом Грегірчаком*

*інспекторами Ради
Олексієм Співаком,
Олександром Хоменком,
Олегом Крикавським*

під керівництвом

*бізнес-омбудсмена
Альгірдаса Шемети*

Під час підготовки Звіту Рада отримала цінну фахову допомогу від ОЕСР (OECD), Національної академії прокуратури України, Асоціації правників України та всіх бізнес асоціацій – членів блоку 3 нашої Наглядової Ради.

2 ТИПОЛОГІЯ ЗЛОВЖИВАНЬ З ПРАКТИКИ РАДИ

2.1. БЕЗПІДСТАВНИЙ ПОЧАТОК ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ

СУТЬ ПРОБЛЕМИ

2.1.1. ЗАГАЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України, що вступив в силу з 20 листопада 2012 року, стадія «порушення кримінальної справи» (передбачена старим Кримінально-процесуальним кодексом) була замінена інститутом внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та початком досудового розслідування.

Так, згідно із ст. 214 нового КПК України, слідчий або прокурор зобов'язані прийняти та зареєструвати заяву чи повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення та протягом 24 годин внести до ЄРДР відповідну інформацію і почати досудове розслідування.

Варто зазначити, що в той же час такий новий порядок «автоматичного» відкриття кримінальних проваджень за будь-якою інформацією про кримінальне правопорушення на практиці часто стає інструментом здійснення тиску на бізнес.

Такий тиск, як правило, здійснюється органами досудового розслідування шляхом (1) проведення слідчих дій (збір доказів в порядку ст. 93 КПК України, проведення обшуків

та оглядів); (2) застосування таких заходів забезпечення кримінального провадження як виклик на допит посадових осіб підприємства (в якості свідків); та (3) через тимчасовий доступ до речей та документів (часто з виїмкою оригіналів документів).

Разом із тим, у представників бізнесу відсутня можливість оскаржити внесення відомостей до ЄРДР, а отже майже немає можливості перешкодити проведенню досудового розслідування у випадку безпідставного відкриття кримінального провадження. Окрім цього такі кримінальні провадження можуть бути розпочатими та розслідуватися щодо посадових осіб підприємства без обмеження в строках такого розслідування. Так, чинне законодавство встановлює строки для органів досудового розслідування лише з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину¹.

Відтак, не дивно, що сам факт відкриття кримінальних проваджень щодо посадових осіб товариств (або просто «по факту») сприймається бізнесом як засіб впливу та тиску на них з боку органів розслідування.

¹ Див. ст.219 КПК України

Кейс 1.

Виробнича компанія у Херсонській області звернулася до Ради щодо тиску на підприємство з боку податкових органів області шляхом організації та проведення безпідставних податкових перевірок та з приводу безпідставного переслідування керівництва підприємства шляхом відкриття кримінального провадження за надуманими підставами. Скарга, зокрема, стосувалась неможливості отримати інформацію від обласного управління ДФС щодо деталей кримінального провадження.

У ході ретельного розгляду скарги Рада прийшла до висновку, що кримінальне провадження було відкрите посадовими особами слідчого відділу ДФС у Херсонській області (з попередньою правовою кваліфікацією дій посадових осіб Скаржника за частиною 2 статті 15 та частиною 5 статті 191 Кримінального кодексу України – «замах на вчинення злочину привласнення,

розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем») з метою обходу мораторію на здійснення податкових перевірок суб'єктів господарювання.

Радою також було встановлено, що кримінальне провадження було передане для розслідування прокуратурою Херсонської області в одну із районних прокуратур області. Рада звернула увагу органів прокуратури на безпідставність порушеного кримінального провадження, яке через два дні було закрито.

Рада надала рекомендації правоохоронним органам та органам ДФС провести відповідну службу перевірку щодо даної ситуації, враховуючи, що факти тиску на Скаржника органами ДФС у Херсонській області у минулому були задокументовані і визнані ГУ ДФС.

Кейс 2.

Скаржник, учасник оптового ринку електроенергії, звернувся до Ради зі скаргою щодо безпідставного, на його думку, витребування певних технічних документів, що стосуються виробництва електроенергії із відновлювальних джерел енергії співробітниками Служби безпеки України у рамках кримінального провадження, порушеного прокуратурою м. Києва за частиною 5 статті 191 Кримінального кодексу України – «привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем».

У своєму поясненні Раді, Прокуратура міста Києва вказувала, зокрема, що підприємство неправомірно отримує державні кошти. Рада, в свою чергу, підтримала позицію Скаржника, що, оскільки в даному випадку мова іде про кошти учасників оптового ринку

електроенергії, то порушене кримінальне провадження є безпідставним.

Разом з тим, Скаржник вказує на те, що для отримання доступу до його комерційних документів слідчі органи намагались залучити співробітника СБУ до складу комісії, створеної Національною комісією з регулювання електроенергії і комунальних послуг (далі – «НКРЕКП») у якості радника голови НКРЕКП, яка здійснювала перевірку Скаржника. Скаржник також вказував на побоювання щодо подальшої чинності ліцензії НКРЕКП на виробництво електроенергії із відновлювальних джерел.

Хоч на даний час кримінальне провадження досі не закрито, Скаржник відзначає відсутність активних дій з боку правоохоронних органів з часу втручання Ради у ситуацію.

2.1.2. БЕЗПІДСТАВНЕ ВІДКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ

Особливо поширеними є випадки безпідставного відкриття кримінальних проваджень за статтею 212 («ухилення від сплати податків») КК України.

Відповідно до статистики Генеральної прокуратури України² у 2015 році органами досудового розслідування було розпочато (обліковано) 1748 кримінальних проваджень за ст. 212 КК України. В той же час, до суду з обвинувальним актом передано лише 55 із 1748 відкритих кримінальних проваджень за ст. 212 КК України. Таким чином, можна обґрунтовано припустити, що багато кримінальних проваджень щодо ухилення від сплати податків розпочинаються у випадках, коли явно відсутній склад злочину за ст. 212 КК України, а досудове розслідування може здійснюватися для вчинення тиску на підприємство.

Рада зазначає, що одним із головних механізмів такого тиску є застосування Методичних рекомендацій щодо порядку взаємодії між підрозділами органів державної фіскальної служби при організації, проведенні та реалізації матеріалів перевірок платників податків, затверджених Наказом ДФС України від 31.07.2014 р. № 22 (далі – «Методичні рекомендації»).

Так, відповідно до Методичних рекомендацій податкові інспектори зобов'язані передавати до слідчих управлінь фінансових розслідувань (податкової міліції) дані про всі податкові донарахування бізнесу, що досягають «порогу» кримінальної відповідальності (станом на початок лютого 2016 року – це 689 тисяч гривень).

І це часто відбувається при тому, що такі податкові донарахування оскаржуються підприємством в адміністративному та/або судовому порядку, а отже є неузгодженими.

В той же час, відповідно до позиції Верховного Суду України:

*«...злочин, передбачений ст. 212 КК України, є закінченим з моменту фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів, які мали бути сплачені у строки та в розмірах, передбачених законодавством з питань оподаткування, (тобто, сум узгоджених податкових зобов'язань визначених згідно із Законом N 2181-III, а саме – з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податок».*³

Тобто, Верховний Суд України підтверджує, що ухилення від сплати податків можливе лише у разі несплати в передбачені законодавством строки узгодженого податкового зобов'язання. Для визначення питання узгодження податкових зобов'язань, а також строків їх сплати Пленум ВСУ відсилає до податкового законодавства.

В свою чергу, відповідно до Податкового кодексу України при зверненні платника податків із скаргою до податкового органу в рамках процедури адміністративного оскарження та/або до суду з позовом щодо визнання недійсним рішення податкового (контролюючого органу) податкове зобов'язання вважається неузгодженим до дня набрання судовим рішенням законної сили.⁴

Незважаючи на вищенаведене, правоохоронні органи починають досудове розслідування та проводять слідчі дії при тому, що податкові зобов'язання є неузгодженими і фактичного ненадходження коштів до бюджету немає, а отже немає і складу злочину за ст. 212 КК України.

Мають місце і ситуації, коли підставами для початку досудового розслідування

² http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=104402#

³ Див. пункт 15 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 року № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів»

⁴ Див. п.56.15 та абз. 5 п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу України

кримінального провадження за ознаками ухилення від сплати податків є лише службова записка інспектора або рапорт оперативного співробітника податкової міліції, що містять висновки про ухилення від сплати податків, інколи, навіть, без зазначення розміру нібито спричиненої шкоди (несплачених податків). В результаті ж відкриття та подальшого розслідування таких кримінальних проваджень створюються перешкоди для нормальної господарської діяльності та ведення бізнесу, що, в свою чергу, викликає недовіру бізнесу до правоохоронних органів та погіршує інвестиційну привабливість держави.

Також причиною розповсюдженої практики відкриття кримінальних проваджень за ухилення від сплати податків є те, що з 2011 року (з моменту набрання Податковим кодексом України чинності), поріг для кваліфікації за ст. 212 КК України, на практиці фактично зменшився вдвічі в порівнянні із початковим еквівалентом в доларах (а саме, з еквіваленту приблизно USD 59 000 в 2011 до лише приблизно USD 27 000 на початок лютого 2016 року). Таким чином, така кваліфікуюча ознака складу злочину за ст. 212 КК України як «значний розмір ненадходження коштів до бюджету» стала «ближчою» для платників податків.

Кейс 3.

Виробниче підприємство у Київській області звернулося до Ради щодо тиску на підприємство з боку податкових органів – слідчого СУ ФР ДПІ у Києво-Святошинському районі ГУ ДФС у Київській області. Скаржник стверджував, що кримінальне провадження порушене слідчим за ч. 3 ст 212 КК України є безпідставним, оскільки відсутність факту ухилення від сплати податків у особливо великих розмірах підтверджено судом.

Підприємство повідомило Раду про: (1) безпідставно складений акт перевірки за відсутності реальних порушень у діяльності платника податків; (2) безпідставний початок досудового розслідування за наявності розпочатої та незавершеної процедури адміністративного оскарження

податкових повідомлень-рішень та наявності неузгоджених податкових зобов'язань; (3) збирання у ході проведення досудового розслідування доказів, які виходять за межі кримінального провадження; (4) навмисне невиконання згаданим слідчим рішень судів задля створення перешкод у роботі підприємства; (5) повідомлення слідчим контрагентів Скаржника про факт порушення кримінального провадження; та (6) проведення масових тривалих допитів співробітників Скаржника і генерального директора.

Рада звернулася до Державної фіскальної служби із проханням перевірити правомірність відкриття кримінального провадження та подальших слідчих дій.

Кейс 4.

Рада отримала скаргу від банку, щодо відкриття кримінального провадження за ознаками ст. 212 КК України. Підставою для порушення згаданого кримінального провадження став акт ДПІ у Шевченківському районі м. Києва. Постановою апеляційного адміністративного суду було підтверджено відсутність факту заниження податкових зобов'язань.

Відтак Скаржник подав заяву про закриття вищезгаданого кримінального провадження, яку, за інформацією Скаржника залишено без уваги.

Натомість Скаржник потерпав від безпідставних заходів процесуального впливу, які порушували нормальну господарську діяльність банківської установи, відбувалися неодноразові необґрунтовані обшуки, витребування документів, виклики на допити і залякування з боку підрозділу фінансових розслідувань Головного управління ДФС України в Одеській області в межах провадження, внесеного до ЄРДР незважаючи на відсутність факту вчинення податкового правопорушення постановою суду.

Так, зокрема, зі слів Скаржника, у його приміщенні слідчий дозволяв собі дії, неприпустимі для працівника правоохоронних органів, коли при відсутності будь-яких висунутих проти Скаржника обвинувачень і в порушення презумпції невинуватості виголошувались промови, що банк «должен возместить в бюджет все незаконно присвоенные средства», продовжувалися погрози словами «вы еще узнаете, то ли еще будет» і таке інше.

У процесі проведення безпідставних обшуків демонструвалися знову погрози і залякування, відбувалася дискредитація банку в очах присутніх у цей час в банківських приміщеннях його клієнтів.

Повідомляється, що проведення обшуків здійснювалося особами не уповноваженими на це слідчим суддею, вилучалися оригінали документів у той час, як ухвалою слідчого судді дозволялося вилучати лише копії, документи вилучалися без складення реєстру вилучених документів тощо.

Рада звернулася з листом до ДФС України, за результатами розгляду якого, кримінальне провадження було закрито.

РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ

З метою запобігання у подальшому вицезгаданім зловживанням Рада пропонує:

- (1) Заборонити на законодавчому рівні кримінальне переслідування особи за ухилення від сплати податків до остаточного узгодження податкових зобов'язань (як це передбачено п.п. 3.5.6. Коаліційної Угоди депутатських фракцій у Верховній Раді України VIII скликання, яка є невід'ємною частиною Програми діяльності Кабінету Міністрів України (далі – «Коаліційна угода»)). Для цього пропонується внести зміни до статей 212 і 212-1 ККУ чітко встановивши, що «фактичне ненадходження коштів до бюджетів чи державних цільових фондів» (у статті 212 ККУ) та «фактичне ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування» (у статті 212-1 ККУ) означає «несплату у встановлені законом строки *узгоджених* грошових зобов'язань».
- (2) Внести зміни до п. 2.5 Методичних рекомендацій щодо порядку взаємодії між підрозділами органів державної фіскальної служби при організації, проведенні та реалізації матеріалів перевірок платників податків, затверджених Наказом ДФС України від 31.07.2014 р. № 22, якими встановити можливість передачі матеріалів перевірки до слідчих підрозділів фінансових розслідувань лише після остаточного узгодження податкових

зобов'язань в адміністративному та/або судовому порядку (у випадку звернення платника податків до суду – з дати набрання законної сили рішенням суду).

- (3) Підвищити на законодавчому рівні розмір фактичного ненадходження до бюджету податків, зборів, єдиного соціального внеску, починаючи з якого діяння вважалось би кримінальним правопорушенням.

На думку Ради, збільшення порогів відповідальності з використанням розміру/формули, яка би краще відображала первинний намір законодавця, призведе до зменшення кількості безпідставних кримінальних проваджень та відповідних ризиків для бізнесу. Це в свою чергу сприятиме поліпшенню інвестиційного клімату в цілому.

Рада вважає, що такий підхід відповідатиме найкращим міжнародним стандартам у цій галузі⁵ та наголошує на тому, що кримінальна відповідальність має застосовуватися лише в разі, коли має місце факт ухилення від сплати податків в дійсно великих розмірах, а заходи кримінального характеру не повинні бути основними для забезпечення дотримання податкового законодавства.

Для практичної реалізації застосування вказаної рекомендації пропонуємо відштовхуватися від ідеї підвищення «вартісних порогів» в два рази, як це передбачено в п.п. 3.5.1. Коаліційної угоди.⁶

⁵ Див., зокрема, Настанови ОЕСР «Щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб» (2010), які встановлюють практику заходів для країн-учасниць ОЕСР щодо забезпечення належної сплати податків. Так, в Розділі 4 документу вказано, що: «У розпорядженні податкових служб є різні види штрафних санкцій. Вони можуть бути як цивільно-правового, так і кримінального характеру, причому останні зазвичай застосовуються у випадках серйозних правових порушень і накладають на сторону, яка вимагає застосування санкції (наприклад, органи податкової служби), обов'язок надати вагомий докази правопорушення. Заходи кримінального характеру не є основним засобом забезпечення дотримання податкового законодавства в країнах-членах ОЕСР. Більш поширені цивільно-правові (або адміністративні) санкції, які, як правило, мають на увазі грошовий штраф (хоча, як вже зазначалося, ці санкції можуть і не мати грошового характеру, наприклад переміщення обов'язку доказів у суді, коли не дотримуються процесуальні норми або платник податків відмовляється співпрацювати, санкція, що має чинність, є результатом одностороннього коригування)». (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010/administrative-approaches-to-avoiding-and-resolving-transfer-pricing-disputes_tpg-2010-7-en#page1).

⁶ Див. п. 3.5.1. Коаліційної Угоди.

2.2. НЕОБҐРУНТОВАНА ВІДМОВА У ВІДКРИТТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ

СУТЬ ПРОБЛЕМИ

Поряд із проблемою безпідставного відкриття кримінальних проваджень проти бізнесу, в практиці Ради зустрічаються і непоодинокі випадки необґрунтованої відмови у внесенні даних про вчинення кримінальних правопорушень проти бізнесу або необґрунтовано винесені постанови слідчих про закриття кримінальних проваджень.

Як вже детальніше зазначалося вище в розділі 2.1, за новим КПК України був запроваджений порядок «автоматичного» початку кримінального провадження, який накладає обов'язок на слідчого/прокурора внести відповідні відомості до ЄРДР та розпочати розслідування за будь-якою заявою чи повідомленням про кримінальне правопорушення⁷.

Таким чином, враховуючи положення ст. 214 КПК України, органи досудового розслідування не можуть посилатися на необхідність проведення дослідчої перевірки як причину невнесення відомостей до ЄРДР та відкриття кримінального провадження. Перевірка поданої заяви або повідомлення про злочин повинна проводитись вже в рамках відкритого кримінального провадження⁸.

На практиці ж представники органів досудового розслідування часто намагаються на свій розсуд приймати рішення про те чи реєструвати заяву про кримінальне правопорушення чи ні. В результаті заявники отримують відмови у відкритті кримінальних проваджень за поданими заявами про вчинення злочинів.

Рада відзначає, що правоохоронні органи з великим ентузіазмом самостійно відкривають кримінальні провадження щодо посадових осіб підприємств і з набагато меншим запалом виконують свої обов'язки щодо відкриття кримінальних проваджень за заявами посадових осіб компаній або приватних підприємців.

Так, на розгляді у Раді знаходяться дві справи (з Київської та Хмельницької областей), де скаржники зіштовхнулись з безпідставними відмовами у внесенні даних до ЄРДР. Рада відзначила, що однією із розповсюджених формальних «відмовок» є формальна відписка про те, що правоохоронні органи вважають відносини між скаржником і податковим органом «цивільно-правовими», незважаючи на те, що в процесі реалізації останнім своїх владних повноважень платник податків, цілком очевидно, перебуває з ним в адміністративних відносинах.

В деяких своїх формальних відмовах представники органів досудового розслідування навіть роз'яснюють заявникові про встановлений судовий порядок оскарження невнесення відомостей до ЄРДР. Іще однією з «технік» саботажу реєстрації заяви про кримінальне правопорушення є повідомлення заявника, що його заява про злочин буде розглядатися як звичайне звернення в порядку Закону України «Про звернення громадян».

Така хибна практика заснована на «суб'єктивній» оцінці слідчим, прокурором заяви чи повідомлення про злочин, що

⁷ Див. ч.1 ст.214 КПК України

⁸ Див. ч.3 ст.214 КПК України

не передбачено чинним кримінально-процесуальним законом. При цьому відповідно до ч. 4 ст. 214 КПК України чітко забороняється відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення. Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення.

В той же час, єдиним передбаченим КПК України механізмом захисту своїх порушених прав у випадку, якщо заявникові було відмовлено у відкритті кримінального провадження та внесенні відомостей до ЄРДР, є право на оскарження такої бездіяльності слідчого та/або прокурора до суду в порядку ст. 303 КПК України.

Поряд з цим, такі скарги на бездіяльність слідчого чи прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, можуть бути подані заявником лише протягом 10-ти днів з дати, коли слідчий або прокурор мав відкрити кримінальне провадження. Однак заявник, очікуючи повідомлення органу досудового розслідування про внесення відомостей до ЄРДР, часто пропускає 10-ти денний строк, встановлений для оскарження, адже дізнається про відмову у відкритті кримінального провадження вже після спливу строку оскарження такої бездіяльності.

Кейс 5.

Рада завершила опрацювання скарги приватного підприємця із Київщини на ряд порушень з боку органів досудового слідства Київської області (районне управління МВС та районної прокуратури) на відмову у відкритті кримінального провадження за фактом невиконання рішення суду сільським головою щодо усунення перепон у веденні господарської діяльності.

Після успішного оскарження в суді відмови прокуратури району внести дані в ЄРДР, скаржник 10 разів протягом травня-червня 2015 року звертався до слідчого судді, оскаржуючи відмову в наданні йому статусу потерпілого а також оскаржуючи постанову

слідчого РУ МВС про закриття кримінального провадження.

Внаслідок втручання Ради, кримінальне провадження було передано в інше районне управління МВС, а прокурора району було позбавлено премії за серпень місяць 2015 року. Через кілька днів після того як провадження було передане до іншого управління Національної поліції, воно було знову закрито.

Нещодавно, у грудні 2015 році закриття цього кримінального провадження знову було успішно оскаржене Скаржником у суді.

Кейс 6.

Рада отримала скаргу від акціонера компанії про відмову Слідчого управління ГУ МВС України в Харківській області відкривати кримінальне провадження за його заявою.

Скаржник в передбаченому законодавством порядку звернувся до Слідчого управління ГУ МВС України в Харківській області із заявою про рейдерську атаку з боку іншого акціонера, який був під захистом депутата Верховної Ради. Проте Слідче управління ГУ МВС України в Харківській області відмовилося реєструвати заяву.

Експерти Ради з'ясували, що згідно з вимогами КПК України, Слідче управління було зобов'язане зареєструвати заяву скаржника в ЄРДР і почати розслідування протягом 24 годин з моменту отримання заяви про злочин.

Рада надіслала офіційний запит до Слідчого управління ГУ МВС України в Харківській області щодо підтвердження прийняття заяви від скаржника та її реєстрації в ЄРДР і рекомендувала розпочати досудове розслідування у розумні строки. Одночасно Рада звернулася до прокурора Харківської області з проханням здійснити перевірку фактів, описаних скаржником та, у випадку їх підтвердження, вжити відповідних заходів прокурорського реагування.

Рекомендації, надані Радою Слідчому управлінню ГУ МВС України в Харківській області та прокурору Харківської області, були виконані в процесі опрацювання скарги. Кримінальне провадження наразі в процесі досудового розслідування.

РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ

З метою запобігання у подальшому вищезгаданим зловживанням Рада пропонує:

(1) Генеральній прокуратурі України розробити методичні рекомендації та роз'яснення щодо того як скаржникам оформляти заяви чи повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення. Такі рекомендації мали б, зокрема, вказувати на необхідність повідомляти в заяві чи повідомленні про обставини вчинення злочину та правову кваліфікацію вчиненого злочину (наприклад, посилатися на відповідну статтю КК України, повідомляти про місце, час, осіб та інші обставини скоєного кримінального правопорушення).

(2) Внести зміни до ст. 214 КПК України, встановивши обов'язок слідчого/прокурора повідомити заявника про отримання заяви/повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення та внесення відомостей до ЄРДР і початок досудового розслідування за такою заявою/повідомленням.

(3) Внести зміни до ст. 214 КПК України, встановивши обов'язок слідчого/прокурора роз'яснити заявнику право та порядок звернення до суду зі скаргою на бездіяльність слідчого у випадку невнесення відомостей до ЄРДР в порядку ст. 303 КПК України.

2.3. НЕЕФЕКТИВНІСТЬ (ЗАТЯГУВАННЯ) ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

СУТЬ ПРОБЛЕМИ

Рада отримує непоодинокі скарги щодо неефективності досудового розслідування. Найбільш типові скарги стосуються бездіяльності органів досудового розслідування та неналежного нагляду органів прокуратури у кримінальних провадженнях, які тривають роками.

В той же час, ефективне здійснення розслідування для органів досудового розслідування, як правило, означає або (1) закриття кримінального провадження у випадку відсутності події та/або складу злочину; або ж (2) передачу кримінального провадження до суду з обвинувальним актом та ухвалення судом рішення, яким особа визнається винною у вчиненні злочину.

Відповідно ж до статистики оприлюдненої Генеральною прокуратурою України⁹, у 2015 році органами досудового розслідування було зареєстровано (обліковано) 7631 кримінальне провадження у сфері господарської діяльності. В той же час, до суду з обвинувальним актом передано лише 1958 кримінальних проваджень. По 5351 кримінальному правопорушенню у сфері господарської діяльності на кінець 2015 року жодного процесуального рішення взагалі так і не було прийнято.

Враховуючи те, що до моменту повідомлення особі про підозру строків розслідування не встановлено¹⁰, користуючись цим слідчі часто затягують досудове розслідування і тримають кримінальне провадження «в підвішеному стані» без прийняття таких процесуальних рішень як закриття кримінального провадження або повідомлення особі про підозру.

При цьому органи досудового розслідування можуть активно проводити обшуки, викликати посадових осіб на допити, вилучати речі та документи. Так, Рада, в

своїй практиці розглянула скаргу на серію обшуків у реалізаторів м'ясної продукції, що здійснювалось працівниками МВС та прокуратури міста Дніпропетровська у ряду приватних підприємств. Реагуючи на скаргу одного з таких підприємств щодо вимагання і отримання правоохоронцями неправомірної вигоди у розмірі 20 000 доларів США, Рада поцікавилась результатом таких обшуків і виявилось, що жодних речових доказів в ході проведення цих обшуків вилучено не було. Такі обставини дали підстави Раді сумніватись у доцільності таких дій правоохоронців.

При цьому Рада відзначає, що у заявників практично відсутні ефективні важелі впливу на проведення ефективного і вчасного досудового розслідування кримінальних проваджень. Вочевидь, такий стан є можливий з огляду на поєднання низки наступних чинників.

В першу чергу, це велике навантаження на органи досудового розслідування та неефективний контроль з боку органів прокуратури.

Так, важливим фактором є відсутність ефективного нагляду за досудовим розслідуванням з боку прокуратури. Відповідно до ст. 308 КПК України підозрюваний, обвинувачений, потерпілий мають право оскаржити прокурору вищого рівня недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування. При цьому, прокурори часто надають лише формальні відписки та вказівки, які по суті не впливають на якість розслідування.

Варто також зазначити, що при досудовому розслідуванні важливою є і участь слідчих суддів, оскільки саме судова гілка влади має повноваження та можливість підвищити ефективність діяльності органів

⁹ http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=104402#

¹⁰ Див, статтю 219 КПК України.

досудового розслідування. В такому разі для забезпечення виконання органом досудового розслідування вимог розумного строку скарги можуть звертатися в порядку ст. 114 КПК України до слідчого судді, який має право встановлювати процесуальні строки, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження, адже кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк або стало предметом судового розгляду, або щоб відповідне кримінальне провадження було закрито.

По-друге, неефективність досудового розслідування має місце, в тому числі, але не виключно, через відсутність чітко встановлених строків досудового розслідування до моменту повідомлення про підозру. Так, строки досудового розслідування визначені КПК України лише з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину¹¹. З моменту ж внесення відомостей до ЄРДР і до моменту повідомлення особі про підозру органи досудового розслідування не обмежені в строках розслідування і такі провадження можуть тривати роками.

По-третє, неефективність досудового розслідування може бути викликана і певними кадровими та економічними факторами. Так, не варто оминати увагою, часто-густо, незадовільний стан професійної

підготовки відповідних працівників органів досудового розслідування та мотивацію таких працівників з огляду на значне навантаження та низький рівень оплати праці.

Нерідко виникають ситуації, коли слідчий в кримінальному провадженні не виконує свої прямі обов'язки, передбачені КПК України. Причини можуть бути різні: недостатній рівень знань, особиста зацікавленість, відсутність належного професіоналізму та звичайна лінь. Відтак важливим є підвищення рівня компетентності посадових осіб, які здійснюють досудове розслідування.

В практиці Ради траплялись скарги, коли підприємства скаржились на неоднозначну ситуацію, яка виникала в процесі спілкування із слідчими органами. Зокрема, в умовах відсутності доказової бази достатньої для початку офіційного розслідування, деякі слідчі вступали в електронну комунікацію з посадовими особами підприємств (через переписку електронною поштою та надсилання текстових повідомлень). В одному з таких випадків Рада звернулася до прокуратури міста Києва, щодо висилання повісток слідчим прокуратури Скаргишникові електронною поштою без належних реквізитів. В результаті прокуратура міста Києва зреагувала звільненням такого працівника.

¹¹ Див. ст.219 КПК України

Кейс 7.

До Ради звернувся ФОП зі скаргою на дії органів прокуратури та МВС в рамках розслідування кримінальних проваджень щодо незаконного заволодіння автомобілями, що знаходились у його власності.

Зі слів Скаржника та матеріалів скарги випливає, що Скаржник разом з дружиною володіли малим бізнесом у м. Києві – прокатом автомобілів. Протягом 2014-го року у Скаржника було викрадено п'ять автомобілів за схожими схемами: оренда автомобіля шахраями з подальшою підрубкою документів нотаріусом, або працівниками ДАІ, та передачею/продажею авто третім особам – кінцевим користувачам.

На даний час Скаржник проходить потерпілим по трьом кримінальних провадженнях щодо незаконного заволодіння транспортними засобами, загалом у цих справах 14 епізодів та близько 10 потерпілих. Ще 8 епізодів незаконного заволодіння автомобілем, в яких фігурують ті самі обвинувачені, а також нотаріуси та ЦНП при МРЕВ ДАІ, було об'єднано в одне провадження. Загалом Скаржник проходить у якості заявника чи потерпілого у понад

10 провадженнях щодо незаконного заволодіння транспортними засобами, підрубки документів, перевищення владних повноважень співробітниками МВС, тощо.

Проаналізувавши матеріали скарги, Рада дійшла попередніх висновків, що по вищенаведеним провадженням співробітники прокуратури свідомо затягують слідчі дії, формально підходять до нагляду за справами, недобросовісно виконують свої кримінально-процесуальні функції та порушують норми КПК України, а також не виконують рішення суду.

Показовим також є те, що Скаржник отримав позитивне рішення адміністративного суду, який своєю постановою зобов'язав прокуратуру м. Києва надати Скаржникові відповіді на подані ним скарги та звернення. Прокуратура подала апеляцію на це рішення, що вказує на непрозорість дій співробітників прокуратури та викликає питання щодо мотивів такої непрозорості. Рада зверталась до прокуратури із запитом щодо перевірки дій відповідних співробітників на предмет дотримання КПК України, на даний момент інформації про здійснення перевірок немає.

Кейс 8.

До Ради звернувся скаржниця із Хмельницької області із приводу неефективності досудового розслідування кримінального провадження за фактом рейдерського захоплення належних їх комерційних приміщень.

При цьому незважаючи на те, що у своїй заяві про вчинення злочину, поданій до правоохоронних органів, Скаржниця вказала на виконавців рейдерської атаки на її підприємство, рейдери протягом останніх

трьох років безперешкодно користувались її майном, факт неправомірності захоплення майна підприємства було підтверджено судовими рішеннями, а кримінальне провадження ще досі триває.

Хоч внаслідок втручання Ради прокуратурою області було дано доручення у кримінальному провадженні, Рада, поряд з цим, відзначає небажання правоохоронних органів розслідувати цю справу належним чином.

РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ

Для покращення ефективності досудового розслідування Рада пропонує наступні кроки:

- (1) Внести зміни до статті 219 КПК України щодо визначення максимальних строків досудового розслідування кримінальних проваджень до повідомлення особі про підозру, з можливістю продовження таких строків досудового розслідування прокурором вищого рівня. На даний момент строки досудового розслідування визначені КПК України лише з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину.
- (2) Надати особам, уповноваженим здійснювати організаційно-розпорядчі функції (наприклад, генеральний директор, фінансовий директор, головний бухгалтер, член правління акціонерного товариства) від імені юридичної особи та щодо яких проводяться слідчі дії, окремі процесуальні права з тих, які передбачені у ст. 42 КПК України («Підозрюваний, обвинувачений») для осіб, яким повідомлено про підозру, а саме (наведений нижче перелік не є вичерпним):
 - а) збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази;
 - б) брати участь у проведенні процесуальних дій;
 - в) під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої

зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносяться до протоколу;

г) застосовувати з додержанням вимог цього КПК України технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь;

д) вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом.

Вищезазначена рекомендація може бути реалізована, наприклад, шляхом розширення кола осіб – «сторін» та «учасників» кримінального провадження, розробивши відповідні зміни до ст. 3, § 5 Глави 3 («Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження») КПК України.

- (3) Внести зміни до статті 308 КПК України, якими передбачити можливість для третіх осіб, права яких обмежуються та/ або порушуються під час досудового розслідування (щодо яких ведеться досудове розслідування), оскаржити недотримання розумних строків прокурору вищого рівня. На даний момент таке право мають лише підозрюваний, обвинувачений і потерпілий.

2.4. ЗЛОВЖИВАННЯ НА ЕТАПІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

СУТЬ ПРОБЛЕМИ

2.4.1. ЗЛОВЖИВАННЯ ПРИ ПРОВЕДЕННІ ОБШУКІВ, ОТРИМАННІ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ ТА ДОКУМЕНТІВ І АРЕШТІ МАЙНА

Найбільш поширеними діями органів досудового розслідування з якими стикається бізнес в рамках відкритих кримінальних проваджень є проведення слідчих дій та застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Такі органи досудового розслідування як слідчі управління фінансових розслідувань (податкова міліція), органи Національної поліції України, Служби безпеки України часто вдаються до проведення таких слідчих дій як допити працівників підприємств та проведення оглядів та обшуків, які, як правило, мають результатом вилучення речей та документів.

При цьому, досить часто, під час проведення такої слідчої дії як обшук, слідчими допускаються ряд порушень порядку проведення обшуку та порушення законних прав учасників обшуку. Так, існують випадки, коли під час обшуків на підприємствах вилучаються практично будь-які документи та предмети, що не пов'язані з конкретним кримінальним провадженням. Слідчі також відмовляють в особистій присутності у проведенні обшуку особам, права яких можуть бути обмежені або порушені проведенням такого обшуку. Поширеною є практика обмеження права посадових осіб компаній на правовий захист¹², а саме не забезпечується можливість присутності адвоката.

Крім того, розповсюдженою є практика застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження як тимчасовий

доступ до речей та документів (з виїмкою документів). Тимчасовий доступ до речей та документів може бути надано виключно на підставі судового рішення – ухвали слідчого судді чи суду¹³. Але часто органи досудового розслідування порушують питання про вилучення речей і документів при зверненні до слідчих суддів належним чином не обґрунтовуючи необхідність вилучення речей і документів¹⁴. Особливо це стосується оригіналів документів, вилучення яких може завдавати серйозної шкоди законним інтересам та порушувати нормальну господарську діяльність підприємств.

Також важливим аспектом є те, що право на тимчасовий доступ має лише та особа (слідчий, прокурор), яка безпосередньо вказана у резолютивній частині ухвали слідчого судді (суду)¹⁵. В той же час, на виконання ухвали слідчого судді часто приходять оперативні працівники чи інші слідчі, які не вказані в ухвалі слідчого судді.

Окрім цього з боку органів досудового розслідування часто не виконуються прямі вимоги КПК України щодо пред'явлення оригіналу ухвали суду¹⁶. Також, як свідчить практика Ради, слідчі не виконують вимоги закону щодо необхідності з'явитися безпосередньо в офіс підприємства, де зберігаються речі і документи та самостійно оглянути, виготовити копії, а також вилучити (у разі, якщо це дозволено ухвалою слідчого судді), зазначені в ухвалі документи та речі за місцем їх знаходження.¹⁷

¹² Як це гарантовано статтею 59 Конституції України

¹³ Див. ч. 2 ст.159 КПК України

¹⁴ Як це передбачено в п.7 ч.2 ст.160 КПК України

¹⁵ Див. ч. 1 ст.165 КПК України

¹⁶ Див. ч. 1 ст.165 КПК України

¹⁷ Див. ч. 2 ст.165 КПК України

Часто не виконуються слідчими і вимоги кримінально-процесуального закону щодо обов'язку слідчого залишити володільцеві опис усіх тих документів і речей, які вилучаються.¹⁸

Окремим порушенням порядку тимчасового доступу та вилучення оригіналів документів є те, що представники органів досудового розслідування відмовляються на вимогу володільця документів самостійно підготувати та залишити копії документів, що вилучаються. Такі дії слідчих органів, часто призводить до покладення на бізнес додаткових обтяжень, які не передбачені КПК України.

Наведене вище підтверджується тематикою скарг отриманих Радою, у яких повідомляється про порушення при проведенні обшуків, тимчасовому доступі до речей та документів (виїмці) і арешті майна. Зокрема непоодинокими є випадки, коли скарги надходять **щодо таких порушень при проведенні обшуків, як:**

- (а) проведення обшуків особами не уповноваженими на це;
- (б) вилучення у ході обшуків майна, яка не зазначено у відповідній ухвалі суду;
- (в) неперед'явлення у ході обшуку речей та документів, які вилучаються, понятим та не складення особою, яка проводить обшук, реєстру таких речей;
- (г) погрози та залякування з боку представників правоохоронних органів осіб, які працюють на підприємстві, що обшукується;
- (д) проведення обшуків за адресами відмінними, ніж ті, що вказані у відповідній ухвалі суду;

- (е) недопущення адвокатів до участі у такій слідчій дії.

При здійсненні тимчасового доступу до речей та документів (виїмці) Рада отримує повідомлення про наступні порушення:

- (а) вилучаються оригінали документів (а не копії як зазначено у відповідній ухвалі суду) (наприклад, вилучаються оригінали кредитних договорів у той час як судом дозволено вилучення лише копій таких договорів);
- (б) вилучаються документи, виїмка яких не санкціонована судом (наприклад, вилучаються разом цілі кредитні справи (тобто кредитні договори, договори застави, листування тощо, у той час, як відповідною ухвалою суду дозволено вилучення лише копій кредитних договорів));
- (в) часто повідомляється про значні ускладнення у роботі підприємств, працівники яких вимушені значну частину робочого часу присвячувати виконанню таких дій як підготовка документів для виїмки;
- (г) непоодинокими є випадки повідомлення про вилучення комп'ютерного обладнання, що значно ускладнює нормальне функціонування підприємств.

Арешти майна, як повідомляється скажниками Раді, часто зачіпають інтереси третіх осіб (тобто осіб, які не є фігурантами відповідних кримінальних проваджень, зокрема іноземних підприємств, що порушує їх права та охоронювані законом інтереси). Часто роками такі особи не можуть повернути належне їм майно, арештоване таким чином, стосунок якого (майна) до розслідуваного злочину є вкрай сумнівним.

¹⁸ Див. ч. 3 ст.165 КПК України

Кейс 9.

Рада розглянула скаргу виробничого товариства на бездіяльність слідчого – заступника начальника другого відділу КР СУ фінансових розслідувань ГУ Міндоходів у Полтавській області, що полягає у невиконанні ухвали слідчого судді Октябрського районного суду м. Полтави («Ухвала»), відповідно до якої слідчого було зобов'язано повернути Скаржникові тимчасово вилучене майно (згідно з переліком, вказаним у резолютивній частині Ухвали).

У відповідь на своє звернення, Рада отримала лист ГУ ДФС у Полтавській області, у якому Раду було повідомлено про неможливість повернення тимчасово вилученого майна Скаржникові до встановлення власника, незважаючи на те, що в Ухвалі власником такого майна визнано Скаржника. За результатами аналізу обставин даної справи, Рада рекомендувала ГУ ДФС у Полтавській області та слідчому КР СУ фінансових

розслідувань ГУ Міндоходів у Полтавській області вжити невідкладних заходів щодо повернення майна Скаржникові відповідно до Ухвали.

Рада також звернула увагу начальника Головного слідчого управління фінансових розслідувань ДФС України на факти неналежного виконання службових обов'язків службовими особами ГУ Міндоходів у Полтавській області і рекомендувала провести службову перевірку причин та мотивів такої поведінки з метою недопущення подібних випадків невиконання рішень суду, що є кримінальним правопорушенням.

Нещодавно Раду було повідомлено про повернення раніше вилученого майна Скаржникові, а також про відкриття кримінального провадження проти слідчого ГУ ДФС у Полтавській області за невиконання рішення суду.

2.4.2. НЕПРОПОРЦІЙНІСТЬ ОБСЯГУ ВЖИТИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ЗАХОДІВ

В практиці Ради зустрічаються і випадки непропорційності обсягу вжитих процесуальних заходів в рамках досудового розслідування кримінальних проваджень.

Так, через невизначеність строків проведення експертиз, вилучені для експертизи предмети інколи понад рік не повертаються до їх володільців через довгий термін очікування на проведення експертизи. Рада вважає, що для вирішення цієї проблеми необхідно встановити максимально можливі строки проведення різних експертиз.

Також, поширеною практикою є зловживання зі сторони органів досудового розслідування, коли у ході проведення слідчих дій чи здійснення заходів забезпечення кримінального провадження вилучаються й документи, які не мають жодного відношення до кримінального провадження в рамках якого проводиться виїмка документів. При цьому вилучення таких документів подекуди значно ускладнює, а часом і зовсім унеможлиблює роботу такого підприємства.

Рада стикалася з випадками, коли обсяг вжитих процесуальних заходів у вигляді арешту майна (арешти банківських рахунків, готової продукції, засобів виробництва та корпоративних прав) був надмірним, оскільки загальна вартість арештованого майна була більш ніж в 10 разів вищою, ніж розмір вимог до скаржника. І це при тому, що з листопада 2015 року вартість майна, яке належить арештувати (крім випадків арешту майна для забезпечення конфіскації), повинна

бути співмірною розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням або зазначеної у цивільному позові або розміру неправомірної вигоди, яка отримана або могла бути отримана юридичною особою¹⁹.

Крім того, при вирішенні питання про арешт майна слідчий суддя (суд) повинен враховувати, серед іншого, щоб обмеження права власності відповідало завданням кримінального провадження, з точки зору його розумності і співрозмірності²⁰. В той же час, за необхідності отримати у своє розпорядження незначний обсяг цифрових даних слідчими суддями, судами, часто-густо, ухвалюються рішення про вилучення цілих серверів. Відтак, розроблення сучасного порядку виїмки цифрових даних дозволить уникнути зупинки роботи підприємств через вилучення серверів.

Тому, на думку Ради, при санкціонуванні слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження варто розглянути можливість зобов'язати слідчих суддів (суди) оцінювати їх вплив на господарську діяльність підприємства та ухвалювати відповідне рішення лише із врахуванням такої оцінки. Поряд з цим, Рада усвідомлює, що навіть при детальному регламентуванні процедури проведення згаданих слідчих дій та вжиття заходів забезпечення кримінального провадження, розповсюдженість таких зловживань може бути викликана відсутністю невідворотності покарання за такі дії.

¹⁹ Див. ч.4 ст.170 КПК України (в редакції Закону № 769-VIII від 10.11.2015р.)

²⁰ Див. п.5 ч.2 ст.173 КПК України

Кейс 10.

Рада отримала скаргу від надрокористувача щодо безпідставного арешту його майна в якості забезпечення можливих позовних вимог у рамках кримінального провадження, що перебуває у провадженні СВ Генеральної прокуратури. Скаржник стверджував, що заходи процесуального впливу (арешт рахунків, готової товарної продукції та засобів виробництва) був надмірним та не відповідав і десятій частині можливих позовних вимог до Скаржника. Рада двічі зверталась до Генеральної прокуратури щодо отримання додаткової інформації по справі, зокрема, щодо отримання матеріалів обґрунтування

доцільності здійснених клопотань слідчими перед судом щодо накладення арештів на майно Скаржника. Лише з третього разу, за допомогою парламентського комітету із забезпечення правоохоронної діяльності Рада отримала формальну відповідь від Генеральної прокуратури.

На даний момент заступник бізнес-омбудсмена Ярослав Грегірчак представляє Раду у Міжвідомчій робочій групі з питань врегулювання можливого позову Скаржника через механізм міжнародного інвестиційного арбітражу. Робочу групу створено Міністерством юстиції.

РЕКОМЕНДАЦІЇ РАДИ

З метою запобігання у подальшому вищезгаданим зловживанням Рада пропонує:

- (1) Обмежити 3 місяцями строк тимчасового доступу до оригіналів документів, що не містять на собі слідів злочину²¹. З метою уникнення використання вилучення оригіналів документів під час тимчасового доступу як засобу тиску на бізнес важливо щоб строк тимчасового вилучення оригіналів документів не був напряму пов'язаний зі строком досудового розслідування. Для цього необхідно внести до глави 15 КПК України відповідні зміни, із тим, щоб встановити максимально граничні строки тимчасового доступу до вищезгаданих документів.
- (2) Внести комплексні зміни до КПК України із тим, щоб встановити спеціальну процедуру вилучення цифрових даних, яка не буде передбачати вилучення

комп'ютерного обладнання та дозволить уникнути зупинки роботи підприємств через вилучення серверів. Так, на нашу думку доцільним є внесення змін до глави 20 «слідчі (розшукові) дії» КПК України щодо процедури вилучення цифрових даних під час проведення слідчих дій органами досудового розслідування.

- (3) Внести зміни до Закону України «Про судову експертизу» із тим, щоб встановити стандартний строк проведення експертизи тривалістю в 3 місяці, який за необхідності може бути продовжений слідчим суддею/судом. Радою також пропонується внести зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими встановити відповідальність за порушення експертом строків проведення експертизи.
- (4) Розглянути можливість внесення змін до ст. 236 КПК України щодо обов'язкового відеозапису такої слідчої дії як обшук. Рада

²¹ Такими слідами вчиненого злочину можуть бути, наприклад, підроблена печатка, підроблений підпис, сліди крові, інших речовин, відбитки пальців, тощо.

вважає доцільним щоб такий відеозапис починався з моменту пред'явлення ухвали про обшук представнику підприємства і закінчувався в момент надання йому копії протоколу про обшук. При цьому, тільки докази, які були зібрані під час такої відео-фіксації обшуку, можуть, вочевидь, бути визнані допустимими.

- (5) Внести зміни до статей 168, 169, 236, 237 КПК України із тим, щоб зобов'язати прокурора протягом доби з моменту вилучення слідчим речей та документів перевіряти законність такого вилучення і про результати письмово інформувати особу, майно якої було вилучено.

- (6) Покращити механізми контролю над особистою відповідальністю співробітників правоохоронних органів за порушення, допущені ними під час проведення слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження. Для цього, зокрема, окрім існуючих Дисциплінарних статутів прокуратури України та проекту ЗУ «Про дисциплінарний статут Національної поліції», які є внутрішніми відомчими механізмами, розглянути можливість залучення громадських організацій до роботи таких відомчих дисциплінарних комісій.



БЦ «Поділ Плаза»,
вул. Спаська, 30А,
Київ 04070, Україна
(вхід зі сторони вул. Сковороди, 19)

Тел: +380 (44) 237-74-01
Факс: +380 (44) 237-74-25
Електронна пошта: info@boi.org.ua

www.boi.org.ua
www.facebook.com/BusinessOmbudsmanUkraine