

Основні санкційні ризики бізнесу 2025

У зв'язку з повномасштабним вторгненням російської федерації в Україну з 2022 року суттєво збільшилися випадки накладення міжнародних та українських санкцій на фізичних та юридичних осіб, які становлять загрозу національній безпеці та суверенітету нашої держави.

Зокрема, станом на початок лютого 2024 року санкції РНБО було застосовано до більш ніж 10 000 фізичних осіб та більш ніж 6 000 юридичних осіб.

У зв'язку з цим неабиякої актуальності набрала необхідність впровадження якісного санкційного комплаєнсу в компаніях при перевірці нового контрагента, придбанні нових активів чи поглинанні інших компаній.

Водночас, досі для багатьох компаній залишається не до кінця зрозумілим значення такого комплаєнсу у її внутрішніх процесах.

Які резиденти України можуть потрапити під санкції РНБО?

Розпочнемо з того, що частина 2 статті 1 Закону України «Про санкції» прямо не передбачає можливість застосування санкцій до українських юридичних осіб, які перебувають під контролем та у власності українських громадян.

Попри те, на практиці санкції РНБО застосовуються і щодо українських юридичних осіб, кінцевими бенефіціарними власниками яких є українці.

Водночас, зазначимо, що положення частини 2 статті 1 Закону України «Про санкції», яка визначає коло суб'єктів, до яких можуть застосовуватись санкції РНБО, наразі носить радше формальний характер і на практиці суб'єктний склад осіб, до яких можуть бути застосовані санкції, є фактично необмеженим.

Підстави для застосування санкцій РНБО визначені статтею 3 Закону України «Про санкції», серед яких передбачені *«дії, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави, призводять до окупації території, експропріації чи обмеження права власності, завдання майнових втрат, створення перешкод для сталого економічного розвитку, повноцінного здійснення громадянами України належних їм прав і свобод.»*

Таким чином, підстави для застосування санкцій доволі абстрактно та широко прописані в профільному законі, що фактично передбачає певну дискрецію РНБО при визначенні чи можливе застосування санкцій до конкретної особи.

Зокрема, профільний закон не визначає кількісних показників або чітко сформованих критеріїв, які б дозволяли застосування санкцій, а відтак попередньо передбачити чи можливе застосування санкцій до конкретної особи фактично неможливо.

Така ж позиція напрацювалась і в судовій практиці. Зокрема, Велика Палата Верховного Суду в постановках від 13 січня 2021 року у справі № 9901/405/19 та від 6 липня 2023 року у справі № 9901/635/18 сформулювала висновок про те, що:

«наявність реальної чи потенційної загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, про які йдеться у статті 3 Закону № 1644-VII, безумовно, є оціночним поняттям, а достатність підстав вважати існування такої реальної чи потенційної загрози передбачає певну межу дискреції. При введенні в дію рішення РНБО про такі санкції Президент України як гарант Конституції України, якому народом України надано представницький мандат і якому Конституцією України надано повноваження вводити в дію рішення РНБО, має самостійно оцінити наявність та достатність підстав для введення такої санкції.»

При цьому, рішення про застосування санкцій повинно ґрунтуватись на встановлених фактах вчинення фізичною чи юридичною особою деструктивних дій щодо національної безпеки та національних інтересів.

Так, Верховний Суд у рішенні від 18.06.2020 року у справі № 9901/259/19 виклав правову позицію, у якій зазначив:

«Підставами для застосування санкцій мають бути дійсні, наявні в об'єктивній дійсності факти, підтверджені доказами, які достовірно свідчать про вчинення таких дій, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави тощо.

Так, РНБО найчастіше приймає рішення про застосування санкцій на підставі аналітичних довідок та листів СБУ, які, як правило, обмежуються графою «для службового користування» або «державна таємниця». Сама особа, щодо якої розглядають питання про застосування санкцій, до такої процедури не залучається.

Санкційні ризики при придбанні компаній та інших активів

Які комплаєнс перевірки слід здійснювати під час проведення таких транзакцій?

Одним із найбільших та найсуттєвіших санкційних ризиків для бізнесу є придбання компанії або активів (нерухомості, земельних ділянок) в:

- (а) підсанкційної особи;
- (б) в особи, опосередкований контроль активом через яку, здійснює підсанкційна особа;
- (в) в особи, до якої на момент продажу активу не було застосовано санкцій, однак існувала реальна загроза застосування таких санкцій в майбутньому.

Розглянемо це питання детальніше.

(а) Придбання активу в підсанкційної особи

В основній більшості випадків, під час накладення санкцій РНБО до особи, серед іншого, застосовується санкція передбачена пунктом 1 частини 1 Закону України «Про санкції», а саме блокування активів такої особи.

Вказана санкція унеможливорює право користування та розпорядження активами, кінцевим бенефіціарним власником яких є особа до якої застосовано санкції РНБО.

У випадку, якщо буде укладений контракт на придбання такого активу, то даний контракт може бути визнаний недійсним як такий, що порушує приписи законодавства та/або суперечить інтересам держави і суспільства.

Здійснення реєстраційних дій щодо такого активу у державних реєстрах буде неможливим в силу прямої заборони закону, а платіж за такий актив буде зупинений банком, оскільки відповідно до пункту 15 Положення про реалізацію спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій), затвердженого постановою Правління Національного банку України від 11 травня 2023 року № 65, банки зобов'язані зупиняти фінансові операції, отримувачем за якими є підсанкційна особа.

Придбання активу, яким повністю або частково володіє особа, на яку хоч і не було накладено санкції РНБО, але щодо якої були застосовані міжнародні санкції, зокрема санкції Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США (ОФАС), теж несе свої суттєві ризики.

Зокрема, ймовірно платіж за такий актив буде заблокований банківською установою, а щодо вас існуватиме ймовірність застосування вторинних санкцій за співпрацю з особою до якої застосовані первинні санкції.

Тому першочерговим кроком під час початку проведення перемовин щодо придбання активу повинна бути перевірка на предмет перебування кінцевого бенефіціарного власника активу в міжнародних чи українських санкційних списках.

(б) Придбання активу в особи, опосередкований контроль активом через яку, здійснює підсанкційна особа.

Вже згадана санкція РНБО у вигляді блокування активів стосується також активів щодо яких підсанкційна особа може опосередковано (через інших фізичних або юридичних осіб) вчиняти дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Зокрема, виходячи з судової практики та практики регуляторних органів, у вказаному положенні закону йдеться про активи:

- Якими підсанкційна особа фактично користується та володіє без оформлення правових відносин між власником активу та підсанкційною особою;

- На долю яких може впливати підсанкційна особа, в тому числі шляхом надання відповідного доручення (вказівки) формальному власнику;
- Які перебувають у власності близьких родичів підсанкційної особи та доходи яких явно недостатні для придбання такого активу, що свідчить про придбання активу за кошти та в інтересах підсанкційної особи;
- Які були продані підсанкційною особою формальному власнику за ціною, яка є нижче ринкової, з метою приховання реального власника активу;
- Які перебувають у власності осіб, що перебувають у відносинах підпорядкування чи найму з підсанкційною особою.

До прикладу, звертаємо увагу на постанову Апеляційної палати ВАКС від 02.04.2024 року у справі № 991/8725/23, де суд виклав ключовий висновок щодо того, що слід враховувати при визначенні того, чи є активи такими, стосовно яких особа прямо або опосередковано вчиняє дії, тотожні за змістом до здійснення права розпорядження ними:

*«Про можливість відповідача прямо чи опосередковано вчиняти щодо активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження, можуть свідчити різні обставини, які мають бути оцінені судом у сукупності, зокрема, але не виключно: **(1)** користування активом, в тому числі без оформлення правових відносин між власником та підсанкційною особою; **(2)** систематичність, тривалість, спосіб, обсяг та зміст користування активом підсанкційною особою (при чому таке користування не обов'язково має бути постійним або безперервним); **(3)** наявність між власником та підсанкційною особою безпосередніх або опосередкованих родинних, дружніх, корпоративних або інших зв'язків, відносин підпорядкування, найму тощо; **(4)** придбання активу за дорученням та/або в інтересах особи, яка не зазначена його власником; **(5)** здійснення підсанкційною особою та/або власником за її дорученням витрат, пов'язаних з утриманням активу; **(6)** здійснення підсанкційною особою та/або власником за її дорученням правочинів, пов'язаних з ефективним використанням активу; **(7)** поліпшення властивостей активу або підлаштування умов його використання під власні потреби; **(8)** можливість підсанкційної особи визначати користування активом іншими, пов'язаними з нею особами; **(9)** можливість підсанкційної особи впливати на долю активу, в тому числі шляхом надання відповідного доручення (вказівки) формальному власнику тощо.»*

У разі придбання активу, щодо якого буде встановлено, що підсанкційна особа могла на момент його продажу опосередковано вчиняти дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ним, то правочин з придбання цього активу може бути визнаний недійсним.

Більше того, укладення такого правочину створює ризик подальшого стягнення придбаного активу в дохід держави.

Так, пункт 1-1 частини 1 статті 3 Закону України «Про санкції» дозволяє Міністерству юстиції України звертатись з позовом до Вищого антикорупційного суду України щодо стягнення в дохід держави активів, стосовно яких підсанкційна особа може прямо чи опосередковано (через інших фізичних або юридичних осіб) вчиняти дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Відповідно, слід враховувати ризик подання такого позову щодо придбаних вами активів у контрагентів, пов'язаних із підсанкційними особами. Такий позов може бути обґрунтований фіктивністю укладеного правочину між вами та особою, через яку підсанкційна особа опосередковано контролювала актив.

Таким чином, належний санкційний due diligence активу, який ви плануєте придбати, в сучасних умовах вимагає глибокий та всебічний аналіз вищеперелічених аспектів щодо кінцевого бенефіціарного власника активу.

Такий due diligence, окрім перевірки потенційних родинних зв'язків кінцевого бенефіціарного власника вашого контрагента з підсанкційною особою, також повинен включати перевірку:

- Історії набуття контрагентом активу, зокрема щодо потенційного придбання цього активу в підсанкційної особи;
- Пов'язаності кінцевого бенефіціарного власника контрагента відносинами підпорядкування чи найму з підсанкційною особою;
- Контрагентів та фінансових операцій контрагента з метою визначення належності останнього до групи компаній чи синдикату підсанкційної особи;

(в) Придбання активу в особи, до якої на момент продажу активу не було застосовано санкцій, однак існувала реальна загроза застосування таких санкцій в майбутньому.

Як уже частково згадувалося, придбання активу, що належить підсанкційній особі або перебуває під її опосередкованим контролем через інших фізичних чи юридичних осіб, може призвести до подальшого стягнення цього активу в дохід держави, навіть після його переходу у вашу власність.

Важливо зазначити, що таке стягнення можливе й у разі придбання активу в особи, яка на момент продажу не перебувала під санкціями, але через свою діяльність створювала реальну загрозу їх застосування в майбутньому.

Зокрема, суд може дійти висновку, що транзакція з продажу вам активу була фіктивною та мала на меті уникнення його стягнення з продавця за наявності реальної загрози застосування до нього санкцій у майбутньому.

До прикладу, звертаємо увагу на постанову Апеляційної палати ВАКС від 04.09.2024 року у справі № 991/5084/24, де суд зазначив:

«Окреслені дії варто вважати першими кроками для обходу міжнародних та українських санкцій, зробленими з метою

збереження речових прав Відповідачів на активи в Україні шляхом штучного створення додаткових обтяжень таких прав за участю групи підконтрольних їм компаній.»

У постанові від 02.04.2024 року у справі № 991/8725/23 Апеляційна палата ВАКС вказала:

«90. І хоча, в подальшому законопроект було відкликано, на думку суду, зміна бенефіціарного власника викликана реальною вірогідністю застосування таких санкцій у майбутньому.»

І хоча у вказаних рішеннях Апеляційна палата ВАКС також приділила увагу встановленню безпосереднього зв'язку нового власнику активу з підсанкційною особою, аналіз судової практики свідчить, що це відбувається не завжди.

Показовим є рішення ВАКС від 16.02.2023 року у справі № 991/265/23 про стягнення корпоративних прав ПрАТ «Жежелівський кар'єр» та ПрАТ «Хустський кар'єр» у дохід держави.

Зокрема, ПрАТ «Жежелівський кар'єр» та ПрАТ «Хустський кар'єр» у 2021 році були продані кіпрській компанії австрійським будівельним концерном Strabag SE, у наглядовій раді якого перебувало два представники від компанії підсанкційної особи.

ВАКС обґрунтував своє рішення тим, що продаж акцій ПрАТ «Жежелівський кар'єр» та ПрАТ «Хустський кар'єр» кіпрській компанії не нівелював подальшого контролю підсанкційної особи над цими активами, оскільки така транзакція була, на думку суду, фіктивною. Суд на обґрунтування свого рішення вказав наступне:

- підсанкційна особа хотіла забезпечити свій вплив на підконтрольні активи від наслідків внутрішньої санкційної політики Strabag SE та наслідків міжнародних та українських санкцій;
- підсанкційна особа вчиняла систематичну діяльність щодо виведення активів з-під санкцій;
- власник кіпрської компанії не мав фінансової спроможності самостійно придбати згадані активи.

Адвокати АО «Еквіті» домоглися скасування цього рішення ВАКС у апеляційній інстанції, зокрема шляхом обґрунтування реальності транзакції, зміни вектору господарської діяльності, менеджменту та основних контрагентів ПрАТ «Жежелівський кар'єр» та ПрАТ «Хустський кар'єр» після їх продажу, а відтак вказані активи були залишені у власності особи, яка не мала жодного відношення до підсанкційних чи пов'язаних з ними осіб.

Наведений кейс демонструє важливість перевірки та врахування діяльності і репутації усіх акціонерів контрагента, в якого ви маєте намір придбати певний актив.

Ризики співпраці з контрагентами, які перебувають під українськими та міжнародними санкціями

Яка відповідальність та наслідки для українських компаній зараз та що очікується в майбутньому?

Наразі норми чинного законодавства не передбачають прямої кримінальної відповідальності за співпрацю з компанією, що прямо чи опосередковано належить підсанкційній особі, а також за придбання чи набуття у користування активів такої компанії.

Водночас, до Верховної Ради України внесений законопроект № 12406, який пропонує доповнити Кримінальний Кодекс України статтею 114-3, що передбачає кримінальну відповідальність за обхід санкцій у вигляді штрафу від двадцяти п'яти тисяч до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк від двох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Під обходом санкції, відповідно до згаданого законопроекту, слід розуміти, серед іншого:

- набуття активів, щодо яких фактичні обставини свідчать про їх належність підсанкційній особі;
- переміщення, зміна форми (перетворення) таких активів;
- вчинення дій, спрямованих на приховування, маскуванню походження таких активів або володіння ними, контролю над ними, їх місцезнаходження,

якщо ці діяння вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що такі активи прямо чи опосередковано, повністю чи частково належать підсанкційній особі, або щодо яких така особа може здійснювати дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження.

Фактично, законотворцем пропонується криміналізація придбання чи набуття у користування активів підсанкційної особи чи особи, через яку підсанкційна особа впливає на такі активи, якщо перед таким придбанням чи набуттям у користування не була проведена належна санкційна перевірка реального власника активів.

Також законопроектом № 12406 пропонується доповнити Закон України «Про санкції» частиною 3 статті 55, яка передбачає, що правочини вчинені з порушенням Закону України «Про санкції» вважатимуться нікчемними.

Тобто, у випадку прийняття Верховною Радою України вказаного законопроекту, необхідність впровадження якісного внутрішнього санкційного комплаєнсу стає ще більш пріоритетнішим завданням для українського бізнесу.

Короткі правила належного санкційного комплаєнсу

Тезисно узагальнимо короткі правила, які допоможуть українським компаніям дотримуватись належного санкційного комплаєнсу, а саме:

- Аналізуйте корпоративну структуру власності контрагента та перевіряйте осіб (в тому числі менеджмент) у такій структурі, на предмет застосування до них українських чи міжнародних санкцій.

Використовуйте для цього спеціальні платформи, такі як Державний реєстр санкцій (для перевірки чи застосовані до особи санкції РНБО) та портал War&Sanctions (для перевірки чи застосовані до особи міжнародні санкції);

- Досліджуйте історичні зміни у структурі власності контрагента;
- Оцінюйте репутацію вашого контрагента та його власників в медіа, в тому числі закордонних;
- Перевіряйте засновників та кінцевих бенефіціарних власників контрагента на предмет їх родинних, корпоративних зв'язків, відносин підпорядкування, найму з підсанкційними особами;
- Перед придбанням активу перевіряйте історію набуття такого активу у власність вашого контрагента, зокрема щодо потенційного придбання цього активу в підсанкційної особи;
- Досліджуйте контрагентів та фінансові операції вашого контрагента з метою перевірки потенційної належності останнього до групи компаній чи синдикату підсанкційної особи;
- Передбачайте договірні механізми, пов'язані з санкційним комплаєнсом, а саме: (1) надання контрагентом заповінь (representations) у договорі про відсутність його зв'язків з підсанкційними особами чи його присутності на ринку рф чи білорусі, (2) відповідальність контрагента за порушення вказаних заповінь у вигляді відшкодування вам збитків чи фіксованого штрафу, (3) можливість дострокового розірвання договору у випадку порушення контрагентом вказаних заповінь.