
Funded
by the European Union
and the Council of Europe



COUNCIL OF EUROPE



Implemented
by the Council of Europe

ПРЕКОП-РФ

Защита прав предпринимателей в Российской Федерации от коррупционных практик

Технический документ:

Сравнительный анализ по предотвращению злоупотреблений со стороны органов государственной власти в корпоративном секторе

Подготовлен:

Валтсом Калнинсом, Мирьяной Висентин и Всеволодом Сазоновым
Эксперты Совета Европы

ПРЕКОП РФ финансируется через Партнерство для модернизации, совместно реализуемую инициативу, осуществляемую ЕС и российскими властями. Одним из приоритетных направлений данной инициативы является эффективное функционирование судебных органов и усиление борьбы с коррупцией.

За дополнительной информацией обращайтесь в:

Отдел по вопросам сотрудничества в сфере борьбы с экономическими преступлениями (ЕССУ)

Департамент по борьбе с преступностью
Генеральный директорат по правам человека и верховенству права (DG I), Совет Европы

Тел.: +33-3-9021-4550

Факс: +33-3-9021-5650

Электронная почта: mustafa.ferati@coe.int

www.coe.int/corruption

www.coe.int/precop

Заявление об отказе от ответственности:

Данный технический отчет был подготовлен группой проекта ПРЕКОП РФ и составлен группой экспертов. Представленные в нем взгляды ни в коем случае не могут считаться отражением официальной позиции Европейского Союза и/или Совета Европы.

Аббревиатуры

BGH	Федеральный суд правосудия (Германия) [<i>Bundesgerichtshof</i>]
УОЮЛ	Уголовная ответственность юридического лица
ЮЛ	Юридическое лицо
УК/КК	Уголовный кодекс (Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства, см. врезка 17)
УПК	Уголовно-процессуальный кодекс
ГИД	Главный исполнительный директор
СЕ	Совет Европы
ГПК	Гражданский процессуальный кодекс
ЗУПР	Закон об уголовном процессе и расследовании
КПС	Королевская прокурорская служба.
ГОЗ	Гражданский ордер на запрет
ЕАТ	Апелляционный суд по трудовым спорам (Соединенное Королевство) [<i>Employment Appeal Tribunal (United Kingdom)</i>]
ЕБРР	Европейский банк реконструкции и развития
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ФАС	Федеральные арбитражные суды (Российская Федерация) или Федеральная антимонопольная служба (Российская Федерация)
ФАТФ	Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег
ФСБ	Федеральная служба безопасности (Российская Федерация)
GAU	Содержание под стражей [<i>Garde à vue</i>]
GEIU	- Информационное подразделение по теневой экономике (Финляндия) [<i>Grey Economy Information Unit</i>]
ГмбХ	Компания с ограниченной ответственностью (Германия) [<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>]
Закон о ГмбХ	Закон о Компаниях с ограниченной ответственностью (Германия) [<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>]
HM RC	Государственное управление Великобритании по налоговым и таможенным сборам [<i>Her Majesty's Revenue & Customs</i>]
IPRED	Директива о защите прав на объекты интеллектуальной собственности [<i>Intellectual Property Rights Enforcement Directive</i>]
ООО	Общество с ограниченной ответственностью
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
OFT	- Управление по добросовестной торговле (Соединенное Королевство) [<i>Office of Fair Trading</i>]
ОРД	Оперативно-розыскная деятельность
ОРМ	Оперативно-розыскные меры
StGB	Уголовный кодекс (Германия) [<i>Strafgesetzbuch</i>]
ДФЕС	Договор о функционировании Европейского Союза
ТРИПС	Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности
ООН	Организация Объединенных Наций
КООНПК	Конвенция Организации Объединённых Наций против коррупции
ЮНСИТРАЛ	Комиссия ООН по праву международной торговли
ЮНОДК	Управление ООН по наркотиками и преступности
ГПК Германии	Гражданско-процессуальный кодекс (Германия) [<i>Zivilprozessordnung</i>]

Содержание

1	КРАТКАЯ ИНФОРМАЦИЯ	8
2	ВВЕДЕНИЕ.....	12
3	УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО.....	15
3.1	Злоупотребления в ходе расследования уголовных преступлений.....	15
3.1.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>17</i>
3.1.2	<i>Международные критерии.....</i>	<i>21</i>
3.1.3	<i>Средства правовой защиты против злоупотребления в государствах - членах Совета Европы</i>	<i>22</i>
3.1.4	<i>Заключения.....</i>	<i>45</i>
3.2	Обыск, арест имущества, установление, замораживание, управление и конфискация доходов, полученных от преступной деятельности;.....	47
3.2.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>47</i>
3.2.2	<i>Международные критерии и надлежащие практики: установление, замораживание, управление и конфискация доходов, полученных от преступной деятельности</i>	<i>49</i>
3.2.3	<i>Заключения.....</i>	<i>66</i>
3.3	Преклюзивный эффект судебных решений в области уголовного права, уличающий заявления со стороны обвиняемых.....	67
3.3.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>67</i>
3.3.2	<i>Международные критерии: ЕСПЧ</i>	<i>68</i>
3.3.3	<i>Государства-члены Совета Европы.....</i>	<i>70</i>
3.3.4	<i>Заключения.....</i>	<i>76</i>
3.4	Ответственность юридического лица за уголовные преступления.....	76
3.4.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>77</i>
3.4.2	<i>Международные критерии.....</i>	<i>78</i>
3.4.3	<i>Государства-члены Совета Европы.....</i>	<i>79</i>
3.4.4	<i>Заключения.....</i>	<i>85</i>
3.5	Ответственность за коррупцию в частном секторе.....	86
3.5.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>86</i>
3.5.2	<i>Международные критерии.....</i>	<i>88</i>
3.5.3	<i>Государства-члены Совета Европы.....</i>	<i>89</i>
3.5.4	<i>Заключения.....</i>	<i>93</i>
3.6	Чрезмерное и неправомерное применение уголовного права при регулировании экономической деятельности.....	93
3.6.1	<i>Законодательство в отношении мошеннической деятельности</i>	<i>95</i>
3.6.2	<i>Неправомерное применение уголовного права в области налоговых споров:.....</i>	<i>110</i>
3.6.3	<i>Заключения.....</i>	<i>115</i>
4	ГРАЖДАНСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО	117
4.1	Процессуальные злоупотребления.....	117
4.1.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>117</i>
4.1.2	<i>Государства-члены Совета Европы: процессуальные злоупотребления, процессуальные преступления и сутяжнические иски.....</i>	<i>118</i>
4.1.3	<i>Заключения.....</i>	<i>126</i>
4.2	Обеспечительные меры.....	126
4.2.1	<i>Российская Федерация</i>	<i>128</i>
4.2.2	<i>Международные критерии.....</i>	<i>128</i>
4.2.3	<i>Прочие международные критерии и критерии государств-членов Совета Европы.....</i>	<i>128</i>
4.2.4	<i>Заключения.....</i>	<i>132</i>

4.3	ПРЕКЛЮЗИВНЫЙ ЭФФЕКТ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ГРАЖДАНСКИМ И КОММЕРЧЕСКИМ ДЕЛАМ	133
4.3.1	<i>Российская Федерация</i>	133
4.3.2	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	133
4.3.3	<i>Заключения</i>	137
4.4	ПРЕДЕЛЫ ЗАЩИТЫ ДОБРОСОВЕСТНЫХ ПРИОБРЕТАТЕЛЕЙ.....	137
4.4.1	<i>Российская Федерация</i>	138
4.4.2	<i>Международные критерии</i>	139
4.4.3	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	139
4.4.4	<i>Заключения</i>	145
4.5	ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ В ХОДЕ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ	145
4.5.1	<i>Российская Федерация</i>	146
4.5.2	<i>Международные критерии</i>	149
4.5.3	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	150
4.5.4	<i>Заключения</i>	154
5	АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРОИЗВОДСТВО	155
5.1	РЕГИСТРАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ	155
5.1.1	<i>Российская Федерация</i>	155
5.1.2	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	158
5.1.3	<i>Заключения</i>	162
5.2	АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОВЕРКИ	163
5.2.1	<i>Российская Федерация</i>	164
5.2.2	<i>Международные критерии</i>	165
5.2.3	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	167
5.2.4	<i>Заключения</i>	171
5.3	ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ В СФЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ.....	172
5.3.1	<i>Российская Федерация</i>	173
5.3.2	<i>Международные критерии</i>	175
5.3.3	<i>Государства-члены Совета Европы</i>	176
5.3.4	<i>Заключения</i>	181
	ПРИЛОЖЕНИЕ 1. СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ: ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ДЕЛАМ О ПРИОСТАНОВЛЕНИИ СУДОПРОИЗВОДСТВА ВСЛЕДСТВИЕ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ В ХОДЕ ПРОИЗВОДСТВА	183
	ПРИЛОЖЕНИЕ 2. ОРГАНЫ, ИМЕЮЩИЕ ПРАВО ТРЕБОВАТЬ ЛИКВИДАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА И ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ТАКОГО ТРЕБОВАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	196

1 Краткая информация

В случаях конфликтов между юридическими лицами, попытки устранить конкуренцию, а также в случаях принудительного поглощения юридических лиц в разных странах используются многочисленные незаконные и полузаконные методы. Как правило, правонарушителями являются недобросовестные бизнесмены или даже организованные преступные группы. Иногда органы государственной власти принимают участие в такой борьбе, поскольку частные противники злоупотребляют установленными официальными процедурами или государственные органы злоупотребляют своими полномочиями и вступают в сговор с некоторыми сторонами. Одними из наиболее опасных сфер злоупотребления являются следствие и разбирательство по уголовному делу (например, необоснованные и дискреционные следственные действия, включая рейды, изъятие документов), а также судебные решения (например, необоснованные аресты или приказы об изъятии имущества, которые облегчают процедуру незаконного поглощения).

Однако подобные злоупотребления полномочиями имеют место также и в других сферах. Например, возможно злоупотребление полномочиями по производству административно-хозяйственных проверок для получения конфиденциальной информации о компании либо для организации давления на ее деятельность или ее дезорганизации. В частности, органы с широкими полномочиями, включая проведение проверок на месте (например, обыск или изъятие), такие как антимонопольные органы, представляют собой зону риска, в особенности, если их решения, как правило, подкреплены слабой аргументацией. Наибольшая угроза в отношении прав собственности возникает в тех случаях, когда процессуальные пробелы облегчают внесение записей в реестры компаний на основании поддельных или иных недействительных документов, либо когда должностные лица, которые несут ответственность за ведение таких реестров, сами являются коррумпированными. Несмотря на то, что внесение недействительной информации в реестр обычно не делает указанную в ней незаконную деятельность законной, недостоверные данные могут облегчить осуществление цепочки незаконных действий, результат которых может быть отменен с трудом.

Наиболее уязвимым местом при защите деятельности компании является возможность дать взятку ее руководству, что может привести к отделению активов, искусственному накоплению задолженности, инициированию процедуры несостоятельности и т. д. Коррупция внутри юридического лица может также привести к осуществлению других видов противоправных действий, которые могут оказать негативное воздействие на конкуренцию, например, незаконной продаже конфиденциальной информации, которая имеется у банков и других компаний, либо принуждению поставщиков товаров к осуществлению неофициальных платежей работниками розничных сетей.

Производство по делам о несостоятельности может быть нарушено со стороны внешних управляющих, которые незаконно представляют интересы лишь одной стороны, судами, либо иными органами, которые не обеспечивают надлежащий надзор. Необоснованное возбуждение производства по делу о несостоятельности со стороны налоговых органов представляет собой еще один тип возможного злоупотребления. Предвзятое применение правил в отношении осуществления государственных закупок, налогообложения, таможенного оформления или иных правил разрушает конкуренцию, добавляет неопределенность при осуществлении коммерческой деятельности, а также блокирует деятельность новых компаний, которые выходят на рынок.

В настоящем документе рассмотрены существующие международные критерии и практики государств - членов Совета Европы в отношении противодействия вышеуказанным видам злоупотреблений.

В ходе анализа широко используются международно-правовые критерии и критерии не законодательного характера. В борьбе со многими видами злоупотреблений наиболее важное значение в Европе имеет Европейская Конвенция по правам человека¹. В отношении

¹ Следует отметить, что актуальность и важность прецедентного права ЕСПЧ в отношении защиты имущества и инвестиций, в частности, выходит за границы Европы: ссылки на постановления и решения ЕСПЧ можно найти в

антикоррупционной деятельности Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, вместе с Конвенцией Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, предусматривают международно-правовые критерии, на которые постоянно делаются ссылки. Другими важными конвенциями являются Конвенция Совета Европы об отмытии, выявлении, изъятии, конфискации доходов от преступной деятельности (и для финансирования терроризма), а также Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности. При необходимости, анализ также поднимает вопросы в контексте законодательства Европейского союза.

Иным источником соответствующих критериев являются рекомендательные критерии, такие как рекомендации Комитета Министров Совета Европы:

- об экономических преступлениях;
- относительно ответственности компаний, имеющих статус юридического лица, за правонарушения, совершенные при осуществлении своей деятельности;
- о роли государственного преследования в системе уголовного правосудия;
- о надлежащем управлении;
- о доступе к информации, хранящейся у органов государственной власти;
- о рассмотрении административных действий в судебном порядке; а также
- об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными лицами.

Следует также отметить рекомендации Совета ОЕСР по вопросам осуществления надзора над слияниями и вопросами регулятивной политики и государственного управления, рекомендации и руководства Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег, а также лучшие практические документы Большой восьмерки. Что касается производства по делу о несостоятельности, соответствующие международные рекомендации можно найти в Принципах построения эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов, разработанных Всемирным банком, Принципах деятельности управляющих в делах о несостоятельности ЕБРР, а также Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности.

Ввиду вышеизложенного, настоящий документ содержит обзор практики выбранных государств - членов Совета Европы по предотвращению злоупотреблений в четырнадцати областях, которые подразделены на три крупные группы. Данный анализ, прежде всего, относится к Российской Федерации. На основании выборочного подхода дела для сравнения взяты из практики Франции, Германии, Италии, Латвии, Норвегии, Испании, Швейцарии, Украины, Соединенного Королевства и иных стран. Рассматриваются следующие области:

Уголовное судопроизводство

- Злоупотребления в ходе уголовного расследования;
- Обыск, арест имущества, установление, замораживание, управление и конфискация доходов, полученных от преступной деятельности;
- Превентивные меры в уголовных делах;
- Ответственность юридического лица за уголовные преступления;
- Ответственность за коррупцию в частном бизнесе;

большом количестве в прецедентном праве МЦУИС, см., например, решения по делу *Асурикс корп. против Аргентинской Республики (Azurix corp v Argentine Republic)*, дело МЦУИС № ARB/01/12, пункты 311-312, или по делу *ТЕКМЕД против Мексики (TECMED v Mexico)*, дело № ARB(AF)/00/2, дело *Сименс А. Г. против Аргентины (Siemens A.G. v Argentina)*, дело № Art/02/8, и пункты 116-122. Для ознакомления с общей информацией, см.: *Приватизация прав человека: интерфейс между защитой международных инвестиций и правами человека*, под ред. Аугуста Райниша и Урсулы Крибаум *Privatizing Human Rights: the Interface between International investment protection and Human Rights*, in August Reinisch and Ursula Kriebaum (eds.), *Закон международных отношений The law of International relations - Liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht: Eleven international publishing, 2007, pp.165-189

- Чрезмерное и неправомерное применение уголовного права при регулировании коммерческой деятельности;

Гражданское судопроизводство;

- Злоупотребления в ходе судопроизводства;
- Обеспечительные меры в гражданских делах;
- Превентивные меры в гражданских и коммерческих делах;
- Пределы защиты добросовестных потребителей;
- Злоупотребления в ходе рассмотрения дел о несостоятельности;

Административное производство

- Регистрация юридических лиц и роль нотариусов;
- Административные проверки;
- Реализация конкурентных политик;

Данный список тем не является исчерпывающим. Вышеперечисленные области являются областями, где встречаются злоупотребления, наиболее часто используемые при конфликте между юридическими лицами, устранении конкуренции или принудительном поглощении на территории Российской Федерации. Авторы настоящего документа совместно подготовили предварительный отбор тем на основании имеющихся у них знаний в отношении наиболее общих форм злоупотреблений на территории Российской Федерации и иных государств - членов Совета Европы. Далее данный отбор был подтвержден обзором имеющихся аналитических ресурсов и литературы для обеспечения соответствия текущим знаниям экспертов в области (ссылки на такие источники предоставлены в Введении настоящего документа и во вступительных пунктах тематических глав).

Конституция Российской Федерации провозглашает соблюдение и защиту прав человека в качестве обязанности государства (статья 2), равноправие граждан (часть 2 статьи 6), единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности (пункт 1 статьи 8), запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (статья 34), государственные гарантии и судебную защиту в отношении прав и свобод человека и гражданина (Статьи 45 и 46).

Кроме того, следует отметить, что Российская Федерация имеет комплексную национальную правовую базу и политику по противодействию коррупции. Федеральный закон № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» от 25 декабря 2008 г. (далее — «Закон о противодействии коррупции») дает определение коррупции, а также мер по предупреждению коррупции. Положения о противодействии коррупции также содержатся в указах Президента Российской Федерации, постановлениях Правительства и министерств, руководствах, а также в отраслевых законодательствах. Некоторые законы, в частности, Уголовный кодекс и Кодекс об административных правонарушениях, предусматривают ответственность за коррупционные правонарушения.

В соответствии с Законом «О противодействии коррупции» противодействие коррупции предусматривает предупреждение (выявление и последующее устранение причин коррупции), выявление и расследование коррупционных правонарушений, а также минимизацию и/или ликвидацию последствий коррупционных правонарушений. Предупреждение коррупции включает в себя такие элементы, как формирование в обществе нетерпимости к коррупционному поведению, антикоррупционную экспертизу законов и правовых актов (их проектов), предъявление квалификационных требований к физическим лицам, претендующим на занятие государственной должности, применение санкций к должностным лицам, которые не раскрывают свой доход и имущество, органам надзора и т. д. В Законе о противодействии коррупции излагается концепция конфликта интересов на государственной службе и определяется порядок его предупреждения и урегулирования. Особые цели и виды деятельности определены в

национальной стратегии противодействия коррупции и национальном плане противодействия коррупции (которые обновляются каждые два года).

Особые меры защиты предпринимателей предусмотрены в таких законодательных документах, как Федеральный закон № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» от 26 декабря 2008 года, а также Федеральный закон № 78-ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» от 7 мая 2013 года.

Основные заключения по данному анализу сформулированы в виде законодательных и политических предложений и составлены в форме отдельного документа.

2 Введение

Настоящий анализ осуществлен в рамках проекта “Защита прав предпринимателей в Российской Федерации от коррупционных практик” (ПРЕКОП РФ). Работа в целом основывалась на анализе нормативно-правовых актов, прецедентного права, а также отчетах анализа государственной политики.

В случаях конфликтов между юридическими лицами, попытки устранить конкуренцию, а также в случаях принудительного поглощения юридических лиц в разных странах используются многочисленные незаконные и полузаконные методы. Следовательно, имеется множество разных способов, посредством которых государственные органы могут быть использованы ненадлежащим образом в целях поддержания таких видов деятельности.

Ряд средств, например, так называемое рейдерство, включает много разных вариантов: это может быть покупка акций (с целью получить контрольный пакет акций) или кража имущества с помощью фиктивного покупателя. Процессуальные обеспечительные меры (предварительный судебный запрет, например, в форме замораживания акций) является еще одним инструментом, который предпочитают рейдеры. В Российской Федерации, в соответствии с законом такие обеспечительные меры применяются в случаях, когда их неприменение делает невозможным или затрудняет исполнение судебного решения. Однако, на данном этапе, у суда отсутствует обязательство по истребованию оригиналов документов. Копии, предоставленные истцом, являются достаточными, при этом некоторые из таких документов могут быть фальсифицированы.

Незаконное рейдерство ни в коем случае не является феноменом, присущим исключительно Российской Федерации. Например, Мэтью Рожанский установил четыре типа «рейдерских» методов на Украине:

«Рейдерские» методы широко варьируются, делятся не только на «черные» и «белые», но также в целом на различные виды законных, экономических и политических инструментов и контекстов. Несмотря на то, что на Украине можно найти любое дело, которое может проиллюстрировать практически любой возможный вариант, большинство дел подпадают под небольшое количество видов: Принудительное банкротство или кризис в коммерческой деятельности, в рамках которых рейдер получает преимущество из-за слабости, присущей коммерческой деятельности, в целях захватить контроль; атаки акционеров-юридических лиц или миноритарных акционеров, в рамках которых рейдер, как правило, получает долю меньшинства в соответствующей компании, а также посредством использования коррумпированного судебного решения, поддельного документа, либо иного давления, конвертирует данную долю в контрольный пакет и устанавливает контроль над компанией; гражданские судебные иски, которые основываются на том, что коррумпированные суды выносят решения в пользу рейдеров, которые впоследствии стремятся получить контроль над компанией в суде; вымогательство, посредством проведения каких-либо бесконечных штрафов, проверок или иного административного давления, отказа от значимой для осуществления деятельности лицензии или разрешения, так называемые «заказные» уголовные дела, непосредственные физические угрозы или физическое давление. В большинстве случаев фактических рейдерских захватов, элементы более одного вида вступают в игру, и рейдеры могут также менять тактику во время нападения»²

В этом кратком извлечении можно увидеть важную роль коррумпированных судов, злоупотребления со стороны административных органов, которые проводят проверки, выдают лицензии /разрешения, а также применяют штрафы и инициируют уголовные расследования. Также известны такие характерные особенности, как вовлечение политиков (избранных депутатов) в кампанию против компании, которая является целью поглощения, разрешения со

² Рожанский, М. (2013) *Корпоративное рейдерство на Украине* Rojansky, M. (2013) [*Corporate raiding in Ukraine*], доступно на: www.irex.org

стороны исполнительных органов власти на смену руководства в компаниях, которые частично принадлежат государству³. В других случаях такие злоупотребления стали возможны в силу существования правовых лазеек и излишнего формализма в регулировании предпринимательской деятельности, которые подвергают компании высокому риску нарушения закона, а следовательно, ведут к наложению регуляторных и уголовных санкций⁴.

Злоупотребления могут, в особенности, нанести вред в тех случаях, когда они используются не мелкими чиновниками для самих себя, а в пользу коммерческих предприятий, которые связаны с физическими лицами, имеющими влияние в политической или административной сферах. В международной практике не редки случаи, когда административные барьеры препятствуют конкуренции в тех областях, где некоторые высшие государственные и политические деятели имеют свой интерес. Например, в отчете Государственного департамента США в отношении Армении указано: «Крупные секторы экономики Армении контролируются бизнесменами, имеющими связи с влиятельными и состоятельными людьми, некоторые из них являются членами парламента или другими высокопоставленными должностными лицами, которые обеспечивают доминирование рынков, находящихся под защитой государства. Это создает барьеры для новых участников, выходящих на рынок, ограничивает выбор потребителей, а также препятствует осуществлению инвестиций со стороны многонациональных компаний, которые настаивают на установлении партнерских отношений с политически свободными коммерческими предприятиями⁵. Правительство может в некоторых случаях привлекать «органы, включая налоговые и таможенные службы, в борьбе с политическими или экономическими оппонентами». Фаворитизм может проявляться самостоятельно, например, в виде заключения договоров на условиях госзакупок с компаниями, имеющими хорошие связи с влиятельными и состоятельными людьми⁶, в то время как дискриминация проявляется в форме принудительной продажи контрольного пакета акций какому-либо лицу, связанному с должностными лицами⁷.

Тематический подход, применяемый в ходе осуществления настоящего анализа, является инновационным в том смысле, что он не является установленной областью изучения злоупотребления со стороны государственных органов в связи, в частности, с конфликтами между юридическими лицами, устранением конкуренции или принудительными поглощениями. В общем, целостность и верховенство правовых мер, которые предназначены для предупреждения такого злоупотребления, основаны в целом на уголовно-процессуальном праве (и частично на материальном уголовном праве), административном производстве, обширном своде гражданского права, а также основах по противодействию коррупции и существенной части права, посвященного основным правам человека. В отсутствие существующей действующей аналитической основы и оценки особых потребностей, предмет исследования определен экспертами в сотрудничестве с Советом Европы на ранних стадиях проведения анализа.

В исследовании не используются какие-либо установленные определения конфликта между юридическими лицами, конкуренции и поглощений. Одной из причин является то, что едва ли существуют универсальные согласованные определения, и, например, такой термин как «конфликт между юридическими лицами» отсутствует в законодательстве Российской Федерации. Более того, в реальной жизни политика по противодействию злоупотреблениям в использовании государственных органов не всегда применяется и реализуется с явной целью, направленной исключительно на урегулирование проблем коммерческого сектора (исключениями, вероятно, являются принятие конкретных мер в странах, где незаконное рейдерство становится общепринятым явлением, что не может не вызывать тревогу). Скорее всего подход заключается в

³ Центр исследования корпоративных отношений *Рейдерство в Украине: проблема и пути решения* Research Center of Corporate Relations (2006), [*Raiding in Ukraine: problems and corrective measures*], доступно на: www.advisers.ru

⁴ *Предложения по повышению эффективности борьбы с рейдерством (незаконным захватом собственности)*, Журнал «Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование», Номер 1 (38), Апрель 2009, доступно на: <http://dpr.ru>

⁵ Государственный департамент США (2013), «Отчет по инвестиционному климату – Армения» US Department of State (2013) [*Investment Climate Statement – Armenia*]

⁶ Актуальные комментарии (2012) Хазин *Коррупция сдерживает развитие конкуренции в РФ*, доступно на: <http://actualcomment.ru>

⁷ Сеттлс, А. (2009) *Недружественные поглощения, рейдерские захваты и захваты компаний в России* Settles, A. (2009) [*Hostile Takeovers, Corporate Raiding, and Company Capture in Russia*], доступно на: <http://www.cipe.org>

установлении поворотных моментов, когда конфликты между самими акционерами или между акционерами и их компаниями, борьба в связи с рыночной конкуренцией, а также попытки недружественного поглощения могут стать незаконными и облегчены за счет пробелов в регулировании или умышленного злоупотребления в использовании государственных органов.

Отчет объединяет три крупных объекта анализа. Первый — обзор обязательных и рекомендательных международных стандартов. Второй — анализ проблем и характерных особенностей законодательной основы и практики в Российской Федерации. Третий — обзор опыта других государств - членов Совета Европы и конкретные случаи надлежащей практики. Перечисленные объекты соответствующим образом отражены в структуре большинства глав (несмотря на то, что в отношении некоторых тем отдельные международные критерии, характерные исключительно для данной темы, не определены). Каждой главе предшествует короткий обзор видов злоупотреблений в использовании законодательной базы и злоупотреблений в использовании государственных органов, в особенности, в отношении феномена незаконного рейдерства.

Выбор страны для разбора основан на нескольких соображениях, чтобы (i) определить наиболее важные модели, установленные в Европе, (ii) охватить как страны Восточной Европы, так и страны бывшего Советского Союза, (iii) показать уникальные подходы, (iv) использовать наиболее доступные данные об определенных странах. Последний аспект является важным, поскольку исследование было осуществлено без возможности изучить национальные органы власти с помощью проведения опросов или запроса информации у них самих иным образом.

3 Уголовное судопроизводство

3.1 Злоупотребления в ходе расследования уголовных преступлений

Государственные органы и должностные лица, которые проводят уголовные расследования и преследования, имеют широкие полномочия на вмешательство в права частных лиц, как физических, так и юридических. В системах с хорошим правовым регулированием применение таких полномочий надлежащим образом ограничено и подлежит правовым проверкам. Тем не менее, в большинстве стран такие полномочия используются в некоторых случаях неправомерно ввиду отсутствия компетенции, небрежности или преступного намерения.

В России так называемые «заказные дела», вероятно, являются наиболее яркими примерами уголовно-правового злоупотребления. Данный термин применялся как к уголовным делам, «заказанными» третьими лицами в целях саботажа коммерческих конкурентов, так и к уголовным делам, инициированным правоохранительными органами в целях грабежа или иных ненадлежащих целях⁸. Часто коррупционные коммерческие мотивы совпадают в отношении этих двух типов дел, но тактика остается той же самой, и данные мотивы поднимают общие правовые вопросы⁹. Уголовное преследование за грабеж расширено в целях затронуть законные коммерческие предприятия, что достигается с помощью креативного использования лазеек в законе или его двусмысленности в целях создать угрозу уголовного преследования, которая бы отсутствовала при иных обстоятельствах. В других случаях, нарушения, совершенные в рамках законных уголовных расследований, могут найти простое объяснение в лазейках в действующем законодательстве и судебной практике. Они, тем не менее, создают непропорциональное вмешательство в способность компании осуществлять свою коммерческую деятельность¹⁰ или в ее права самостоятельно пользоваться имуществом.

Поскольку органы предварительного следствия обладают широкими полномочиями для начала уголовного расследования, сбора доказательств, оказания давления на обвиняемого, обвиняемые лица имеют более скромный набор средств для защиты своих прав, включая право на защиту от незаконного уголовного преследования.

Обычные виды злоупотреблений включают в себя:

- необоснованные дискреционные следственные действия (включая рейды, изъятие документов), иногда на том основании, что законодательство устанавливает обширные критерии для осуществления вышеуказанных действий¹¹, или на том основании, что должностные лица участвуют в коррупционных сговорах¹²;
- Обыск и изъятие, которые позволяют осуществить либо незаконное изъятие конфиденциальной информации или неоправданное и непропорциональное затруднение деятельности юридического лица, например, поскольку осуществление деятельности невозможно без изъятых объектов, а связь между объектами и подозреваемым преступлением сомнительна (см. также главу 3.2)¹³;

⁸ Скобликов, *Коррупция в современной России*, 33-34 (2009)

⁹ Томас Файрстоун, *Вооруженное правосудие: злоупотребление законом и общая ситуация с преступностью в пост-советской России* Thomas Firestone, [*Armed Injustice: abuse of the law and complex crime in post-soviet Russia*], Denv. J.Int'l L & Pol'y Vol 38:4

¹⁰ Статья 34 Конституции Российской Федерации гласит, что «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности»

¹¹ Надгродкевич, А. (2009), *Эволюция коррупции: недружественные поглощения, рейдерские захваты и захваты компаний в России* Nadgrodkiwicz, A. (2009) [*Evolving Corruption: Hostile Takeovers, Corporate Raiding, and Company Capture in Russia*], доступно на: www.cipe.org

¹² Федоров, А. (2010), *Рейдерство и корпоративный шантаж*, стр.47, доступно на: www.zahvat.ru

¹³ *Предложения по повышению эффективности борьбы с рейдерством (незаконным захватом собственности)*, Журнал Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование, Номер 1 (38), Апрель 2009. Противоправный и незаконный обыск часто является обычным средством для незаконного получения конфиденциальной информации о соответствующей компании или физическом лице, которая впоследствии используется для осуществления принудительного поглощения. Предложения по повышению эффективности борьбы с рейдерством (незаконным захватом собственности), доступно на: <http://dprg.ru>

- Начало уголовного расследования без наличия на то оснований, или при наличии неясных оснований (заказные уголовные преследования¹⁴),
- Возбуждение уголовного расследования в случаях, которые по существу представляют собой гражданские споры, например, между акционером и руководством компании (см. также Главу 3.6);
- Разрешение на осуществление следственных действий должностными лицами, которые не имеют права на предоставление разрешения, или осуществление следственных действий, таких как прослушивание телефонных разговоров, вообще без разрешения;
- Ненадлежащее документирование следственных действий.

Доступные средства правовой защиты не являются эффективными. В целом, коэффициент вынесения приговоров в России довольно высок. С момента начала расследования, надежда на оправдание в суде является маловероятной. В соответствии с имеющимися сведениями¹⁵ в 2011 г. судами было вынесено один миллион судебных решений. Из них 712 были оправдательными, что составляет менее чем 0,1%.

В соответствии с отчетом¹⁶ о числе заключенных, составленным *Институтом криминологии и уголовного расследования [Institut de criminologie et recherche pénale]* Лозаннского университета, количество заключенных, содержащихся под стражей за совершение экономических преступлений в европейских странах составляет в среднем несколько сотен¹⁷.

В России сведения о лицах, содержащихся под стражей или в тюрьме за экономические преступления, изменяются в зависимости от источника, хотя количество (от десятков тысяч до более чем 120 000¹⁸) явно намного больше чем в других странах СЕ. Количество предпринимателей, приговоренных за совершение экономических преступлений, за последнее десятилетие составляет около 240 000¹⁹. Приблизительно 3,5 миллионов из них, среди которых практически каждый является предпринимателем, имеют судимость²⁰.

Врезка 1. Общий пример коррумпированного злоупотребления с использованием полномочий по проведению расследования.

Судопроизводство по делам об экономическом преступлении существенно отличается от судопроизводства по другим видам преступлений. Должностные лица, осуществляющие предварительное следствие, периодически предоставляют следователю материалы, полученные в результате их расследования, а также предпринимают попытку уговорить следователя возбудить уголовное дело без проведения дополнительной проверки. Иногда, это доказывает, что «следственные действия» проводятся в отношении коммерческой организации с

¹⁴ Файрстоун, Т. *Вооруженное правосудие: злоупотребление законом и общая ситуация с преступностью в пост-советской России* Firestone, Т. (2010), [*Armed Injustice: Abuse of the Law and Complex Crime in Post-Soviet Russia*], доступно на: <http://djiip.org>

¹⁵ *В России судьями становятся бывшие прокуроры, адвокатов - менее 1%*, доступно на: <http://polit.ru>

¹⁶ Совет Европы (2010), *Ежегодный статистический отчет по уголовным наказаниям* Council of Europe (2010), [*Annual Penal Statistics*], доступно на: www.coe.int

¹⁷ Например, в Чешской Республике - 3 284, в Финляндии - 114, в Греции - 54, в Ирландии - 44, в Литве - 725, в Королевстве Нидерландов - 218, в Норвегии - 141, в Польше - 113, в Румынии - 76, в Испании - 1 646, в Швеции - 272, в Турции - 3 710 и в Соединенном Королевстве - 1 565. Особым исключением является Германия, где 8 500 лиц содержатся под стражей в связи с совершением экономических преступлений. Вероятно, такое "рекордное количество" связано с отсутствием уголовной ответственности юридических лиц.

¹⁸ Коммерсант, (11 апреля 2012), *Если это правда, то это катастрофа*, доступно на: www.kommersant.ru

ВВС Русская Служба, (5 июля 2012), *Расследование Би-би-си: как сажают бизнесменов в России*, доступно на: www.bbc.co.uk

Радио Маяк, (25 июля 2012), *Минюст России подсчитал число осужденных за экономические преступления*, доступно на: www.radiomayak.ru

В. Радченко (2012), *Самый негуманный суд — для предпринимателей*, Forbes Россия, доступно на: www.forbes.ru

¹⁹ Сибирское Агентство Новостей, (24 мая 2013) *Президента Путина попросили объявить амнистию для бизнесменов, осужденных за экономические преступления*, доступно на: <http://fed.sibnovosti.ru/business>

²⁰ Российская газета, (2011) *Депутаты Госдумы предлагают амнистию осужденных по экономическим преступлениям*, доступно на: www.rg.ru

злоумышленным намерением. После того, как переговоры с руководством предприятия о предоставлении какой-либо незаконной выгоды не дали положительных результатов, дознаватели хотят продемонстрировать не желающему сотрудничать бизнесмену, как они могут очень усложнить его/ее жизнь с помощью возбуждения уголовного дела. Тем временем, они стараются показать, что их следственные действия были не напрасны. В таких случаях тщательная проверка предоставленных материалов, как правило, показывает фиктивный характер утверждения о совершении преступления.

3.1.1 Российская Федерация

Врезка 2. Пример необоснованного уголовного преследования

«Собственники химических предприятий были подвергнуты уголовному преследованию со стороны Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков (далее — «ФСКН») на основании статьи 234 Уголовного кодекса РФ. Собственникам химической компании «НПК «Софэкс», после того как они отклонили предложение должностных лиц ФСКН на поставку производителю лекарств в Таджикистане необходимых химических компонентов в июне 2004 г., предъявлено обвинение в незаконном распространении так называемых «опасных» веществ, и они были заключены под стражу до судебного разбирательства в июле 2006 г. Отсутствие в законе определения «опасные вещества» позволило следователям объявить химический растворитель «диэтил» «опасным» веществом лишь на основании результатов внутренней экспертизы ФСКН. Эксперты заключили, что «диэтил» является сильным лекарственным средством с максимальной дозой 1 мл, несмотря на то, что он широко используется в качестве анестетика. Несмотря на общественное возмущение и обращения депутатов Государственной Думы к прокурору, фигуранты уголовного дела провели 7 месяцев в тюрьме до начала судебного разбирательства. Суд установил, что экспертиза ФСКН противоречила основам законодательства в области химии и освободила фигурантов из-под стражи в феврале 2007 г. Это дело относится к 0,2% от доли судебных разбирательств, завершившихся оправданием в России.²¹

Злоупотребления в использовании органов, осуществляющих оперативно - розыскную деятельность: Оперативно-розыскная деятельность (далее — «ОРД») регулируется Федеральным законом № 144-ФЗ от 12 августа 1995 г. (далее — «Закон об ОРД»), который определяет ее в качестве деятельности, осуществляемой оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных Законом об ОРД, в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

За последние годы увеличилось количество дел, когда суды исключали доказательства, полученные на основании анализа материалов, полученных в ходе применения оперативно-розыскных мероприятий (далее — «ОРМ»), Это, в частности, встречается в делах о коррупции, мошенничестве, обороте наркотиков, когда возбуждению дела предшествовало дознание.

В статье 89 Уголовно-процессуального кодекса указано, что результаты ОРД не могут использоваться в качестве доказательств, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательством. Для приобретения указанного статуса они должны быть представлены в ходе уголовного судопроизводства в соответствии с строго установленной процедурой, предусмотренной Уголовно-процессуальным кодексом, а также межведомственными нормативными актами (прежде всего, постановлениями, утвержденными Министерством внутренних дел, Федеральной службой безопасности, Федеральной службой охраны, Федеральной таможенной службой, Федеральной службой по исполнению наказаний, Федеральной службой по

²¹ Назруллаева Е., Баранов А., Яковлев А. (2013) «Уголовное преследование бизнеса в российских регионах: Частные интересы против «палочной» системы» (редакция 2.1.), стр. 7

контролю за оборотом наркотиков, а также Министерством обороны Российской Федерации от 17 апреля 2007 г.).

Обзор судебной практики показывает наличие повторяющихся нарушений одного и того же рода в деятельности работников оперативно-розыскных подразделений, которые либо не получили оценку со стороны следователей, начальников следственных органов, надзирающих прокуроров, государственных прокуроров, либо остались за пределами рассмотрения в целом. Такими нарушениями являются ОРМ в отсутствие оснований, перечисленных в подпунктах 1-6 части 2 статьи 7 Закона об ОРД; подтверждение применения ОРМ должностными лицами, которые не имеют на то соответствующих полномочий; неправильно составленные акты и иные материалы по проведению ОРМ; незаконное прослушивание и т.д.

Федеральный закон № 40-ФЗ от 3 апреля 1995 г. (далее — «Закон о федеральной службе безопасности») и Закон об ОРД определяют, что прослушивание телефонных разговоров осуществляется исключительно на основании судебного решения. Органы Федеральной службы безопасности (далее — «ФСБ») имеют право подавать запросы на проведение таких действий.

Федеральный закон «О Федеральной службе безопасности», так и Закон «Об ОРД» содержат условия, которые должны быть соблюдены при осуществлении прослушивания. Такие меры должны предприниматься исключительно на основании судебного решения и при наличии информации:

- а) о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно;
- б) о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно;
- в) о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации (статья 8 Закона об ОРД).

Закон не уточняет, в отношении каких именно преступлений могут осуществляться ОРД и ОРМ, Статья 8 Закона также предусматривает, что в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, предусмотренных выше в пункте 3, следственные органы могут установить телефонное прослушивание без приказа суда, при условии, что требование будет направлено в суд в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала прослушивания, оперативно-розыскной орган обязан получить судебное решение о проведении такого прослушивания, либо прекратить такое прослушивание.

Осуществление надзора над процессуальной деятельностью органов дознания, предварительного следствия и судебных органов: В соответствии со статьей 37 Уголовно-процессуального кодекса прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах своей компетенции осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. В дополнение к осуществлению прокурорского надзора законодательство Российской Федерации также предусматривает ведомственный контроль.

Прокурорский надзор над законностью деятельности органов дознания и органов предварительного следствия понимается как регулируемая деятельность уполномоченных прокуроров на до судебных стадиях уголовного судопроизводства, направленная на обеспечение законности уголовного судопроизводства.

Прокурорский надзор над соблюдением законодательства в данном случае направлен на решение двух задач. С одной стороны, он является средством обеспечения верховенства Конституции и защиты прав и свобод граждан. С другой стороны он осуществляет надзор над надлежащим применением закона и облегчает осуществление эффективного уголовного преследования, поскольку в случае нарушения правил уголовного судопроизводства в отношении проведения следствия, полученная информация не будет иметь статуса доказательства.

Осуществляя надзор над законностью предварительного следствия и являясь ведущим лицом в осуществлении судопроизводства на досудебной стадии, прокурор должен обеспечить единый подход к организации прокурорского надзора в отношении всех органов предварительного следствия и дознания; незамедлительно реагировать на установленные нарушения закона; обеспечивать своевременность и законность принятия решений следователем и дознавателем в отношении результатов проверки каждого отчета о преступлении; принимать все возможные меры для обеспечения верховенства закона при применении мер принуждения; осуществлять мониторинг своевременности и правильности следственных действий; устанавливать эффективный надзор над законностью и действительностью прекращения уголовных дел и уголовного преследования; отменять приостановление предварительного следствия или прекращение уголовного расследования, если исчерпаны все возможные средства собрать доказательства и установить личности подозреваемых.

Правовую основу для осуществления прокурорского надзора в отношении органов предварительного следствия и органов дознания составляют Конституция Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс, Федеральный закон № 2202-1 от 17 января 1992 г., а также нормативные акты, изданные Прокуратурой, которые включают в себя Приказ Генеральной прокуратуры № 136 от 06 сентября 2007 г., № 137 от 06 сентября 2007 г., № 189 от 27 ноября 2007 г., и т. д.

Предметом прокурорского надзора за соблюдением законодательства органами, осуществляющими дознание или предварительное следствие, являются: права и свободы человека и гражданина в ходе уголовного судопроизводства; установленный порядок разрешения заявлений и сообщений о совершенных и готовящихся преступлениях, законность проведения предварительного следствия; законность решений, принимаемых органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие.

Закон также устанавливает пределы прокурорского надзора:

- а) Надзор за применением законодательства органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие, может осуществляться в соответствии с пунктом 31 статьи 5 Уголовно-процессуального кодекса Генеральным прокурором и подчиненными ему прокурорами, их заместителями и помощниками прокурора, участвующими в судопроизводстве. Однако, верно то, что по приказу осуществляющего надзор прокурора помощники прокурора имеют право участвовать в осуществлении проверки соблюдения требований закона в отношении уголовного судопроизводства со стороны органов дознания и предварительного следствия. Тем не менее, у них отсутствует право принимать окончательное решение, поскольку в соответствии с частью 6 статьи 37 Уголовно-процессуального кодекса полномочия прокурора на осуществление надзора над законностью предварительного следствия предоставлены районному прокурору или прокурору города, их заместителям, прокурорам, которые равнозначны им, или вышестоящим прокурорам.
- б) Прокурорский надзор осуществляется исключительно в рамках Уголовно-процессуального кодекса и Закона о прокуратуре, и затрагивает исключительно процессуальные аспекты. Прокурор не имеет права вмешиваться в организационную и управленческую деятельность органов дознания и предварительного следствия.
- в) Приказы вышестоящего прокурора не всегда являются окончательными и могут быть обжалованы вышестоящему прокурору.

Полномочия прокурора по осуществлению контроля над соблюдением законодательства органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие, перечислены в уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации. Указания Генеральной прокуратуры по вопросам дознания, которые не требуют законодательного регулирования, являются

обязательными. Кроме того, любые действия следователя или дознавателя могут быть обжалованы в суде²².

Наконец, судебный контроль над проведением предварительного следствия регулируется статьей 125 Уголовно-процессуального кодекса, под которую попадает постановление дознавателя, следователя, руководителя следственного органа о возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные решения и действия (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора, которые способны причинить вред конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, либо затруднить доступ граждан к правосудию. В соответствии с данным положением суд должен проверить законность и обоснованность действия (бездействия), а также решений следственных органов и прокурора. По результатам судебного разбирательства судья может оставить жалобу без удовлетворения или признать действие (бездействие) или решение соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным, а также установить его обязанность устранить допущенное нарушение.

На практике суды часто отказываются от юрисдикции на основании статьи 125, утверждая, что решение не нарушает конституционных прав заявителя, даже если имело место нарушение процессуальных норм. В большинстве случаев суды полностью полагаются на авторитет следственных органов на основании статьи 38 Уголовно-процессуального кодекса, в соответствии с которой «следователь самостоятельно направляет ход расследования, принимает решение о производстве следственных и процессуальных действий»²³.

Даже в случаях, когда суды выносят решения в пользу обвиняемого или физического лица, находящегося под следствием, такие решения исполняются довольно редко: согласно статистическим данным за 2012 г., предоставленным заместителем председателя Верховного суда Республики Башкортостан из 602 судебных решений, принятых в соответствии со статьей 125, были исполнены лишь 56.

По мнению заместителя генерального прокурора по Приволжскому федеральному округу, невозбуждение следственными органами уголовного дела по утверждениям о наличии злоупотребления силой или угроз в адрес свидетелей или обвиняемого для получения признаний и заявлений является широко распространенной практикой²⁴. По таким делам отказы возбуждать уголовное расследование, как правило, составляют 98% от полученных жалоб. Часто даже вмешательство прокуроров не является достаточным средством, чтобы устранить такие нарушения и бездействия. В Республике Татарстан в период с 2011 г. до начала 2012 г., прокурорами, заявляющими о таких неправомерных отказах, было принято 450 решений. Однако, в результате последующего рассмотрения дела лишь одно расследование было возобновлено²⁵. Среди возможных реформ, которые могут исправить данную ситуацию, заместитель прокурора Приволжского федерального округа предлагает вернуть полномочие по возбуждению уголовного дела прокурорам, а не следователям.

Должностное лицо Департамента по исполнению решений ЕСПЧ отметило, что в российской уголовной системе отсутствует система отчетности, касающейся обязательств следственных

²² Прокурорский контроль, предусмотренный в статье 124 УПК, тем не менее, не относится к понятию эффективного средства правовой защиты в соответствии с прецедентным правом ЕСПЧ: обжалование в вышестоящий орган не является эффективным средством правовой защиты (Хорват против Хорватии, § 47; Хартман против Чешской Республики, § 66) [Horvat v. Croatia, § 47; Hartman v. the Czech Republic, § 66]

²³ Е. Носкова (2008), *Совершенствование уголовно-процессуального законодательства, регулиующего рассмотрение жалоб в порядке СТ. 125 УПК РФ*, доступно на: <http://cyberleninka.ru/>; см. также: А. Логоденко (2012), *Статья 125 УПК РФ: практика применения*, доступно на: <http://logodenko.ru/>

²⁴ Например, в постановлении по делу *Добряева и другие против России*, относительно бездействия следственных органов по своевременному принятию мер, таких как приказ сохранить доказательство, задержка в начале расследования и не информирование заявителей о соответствующем ходе расследования, Суд установил, что применение статьи 125 не являлось эффективным [Dobriyeva and others v. Russia]

²⁵ Там же.

органов эффективно выполнять судебные решения в соответствии со статьей 125 Уголовно-процессуального кодекса²⁶.

3.1.2 Международные критерии

Принципы, такие как те, которые установлены Европейской Конвенцией по правам человека, рассмотрены в отдельном порядке в отношении конкретных вопросов. Однако, здесь следует отметить **Рекомендацию Совета Европы Rec (2000)19 от Комитета Министров государствам-членам о роли прокуратуры в системе уголовного правосудия**²⁷, в которой указывается, что прокуроры должны обеспечить применение права в случаях, когда нарушение закона влечет за собой применение санкции, с учетом как прав физического лица, так и необходимой эффективности уголовной системы правосудия.

Рекомендация устанавливает определенные обязанности перед людьми. При выполнении своих обязанностей государственные прокуроры должны, в частности, выполнять свои функции справедливо, беспристрастно и объективно; уважать и стараться защищать права человека, как указано в Конвенции о защите прав человека и основных свобод; стараться обеспечить, чтобы система уголовного правосудия функционировала настолько быстро, насколько это возможно.

Что касается взаимоотношений между государственными прокурорами и исполнительной и законодательной властью, рекомендация устанавливает, что государства должны принять соответствующие меры, чтобы обеспечить выполнение прокурорами своих профессиональных обязанностей без необоснованного вмешательства или необоснованного возложения на них гражданской, уголовной или иной ответственности. Тем не менее, прокуратуры должны периодически публично отчитываться в своих действиях в целом, и, в частности, в том, как они осуществляли свои преимущественные права.

Что касается взаимоотношений между прокурорами и судьями, рекомендация предусматривает, что прокуроры должны строго соблюдать независимость и беспристрастность судей, в частности, они не должны ни подвергать сомнениям судебные решения, ни препятствовать их исполнению²⁸, за исключением случаев осуществления ими своих прав на обжалование и применения иного установленного порядка. Прокуроры должны быть объективными и справедливыми во время судебного разбирательства. В частности, они должны предоставлять суду факты и юридические аргументы, имеющие отношение к делу, которые необходимы для справедливого отправления правосудия²⁹.

В соответствии с рекомендацией правом и обязанностью прокурора является **профессиональная подготовка** как до назначения на должность, так и постоянно в любое другое время. Таким образом государствам следует применять эффективные меры для того, чтобы убедиться, что

²⁶ Там же.

²⁷ Рек.(2000)19Е, 6 октября 2000, *Роль прокуратуры в системе уголовного правосудия* [*Rec(2000)19E 06 October 2000 on the role of public prosecution in the criminal justice system*], доступно на: [at www.coe.int](http://www.coe.int)

²⁸ Несоблюдение судебного решения рассматривается Европейским Судом по правам человека в качестве грубого нарушения права на доступ к суду. В этом отношении Суд установил, что одним из фундаментальных аспектов верховенства права, является принцип правовой определенности (постановление по делу *Okuyay и другие против Турции* (*Okuyay and others v Turkey*) пункт 73), который требует, помимо прочего, чтобы в случаях вынесения судами окончательного решения по вопросу их решение не было поставлено под вопрос (дело *Брумареску против Румынии* (*Brumarescu v Romania*), пункт 61).

²⁹ В постановлении по делу *Ассанидзе против Грузии* (*Assanidze v Georgia*), ЕСПЧ постановил, что исполнение постановления, вынесенного каким-либо судом, должно рассматриваться в качестве неотъемлемой части судебного разбирательства в целях статьи 6 (постановление по делу "*Ассанидзе против Грузии*" (*Assanidze v Georgia*) [GC], § 181). Гарантии, предоставляемые на основании статьи 6 Конвенции, являлись бы иллюзорными, если бы национальная правовая и административная система Договаривающего государства позволяла, чтобы окончательно обязательное для исполнения судебное решение об оправдании оставалось недействительным в ущерб интересам оправданного лица. Уголовное судопроизводство формирует сущность, а защита, предусмотренная статьей 6, не прекращается с принятием решения об оправдании (там же, пункт 182). Если государственные административные органы могут отказать в выполнении или не выполняют решение суда об оправдании ответчика, или даже задерживают его выполнение, то гарантии, предусмотренные в статье 6, которые ранее имелись у ответчика в ходе судебного разбирательства, станут частично иллюзорными (там же, пункт 183).

прокуроры имеют соответствующее образование и подготовку до и после назначения на должность. К тому же государства должны предпринимать эффективные меры для обеспечения дополнительной подготовки прокуроров по особым вопросам или по особым областям, в свете современных условий, в частности, принимая во внимание виды и развитие преступности, а также сотрудничество по уголовным вопросам.

Чтобы лучше реагировать на проявляющиеся новые формы преступности, в частности, на организованную преступность, **специализация** должна рассматриваться как приоритетное направление организации прокуратуры. Это в равной мере касается подготовки и осуществления профессиональной деятельности. Необходимо создать команды специалистов, включая многопрофильные команды, для оказания содействия прокурорам при осуществлении ими своих функций.

В отношении **организации и внутреннего функционирования прокуратуры**, в частности, распределения и перераспределения дел, должны соблюдаться требования беспристрастности и независимости и стремление к максимально правильному функционированию системы уголовного правосудия, в частности уровню юридической квалификации и специализации применительно к каждому вопросу.

В пояснительном меморандуме «Отчет о роли прокуратуры в демократическом обществе под руководством верховенства права» от 24 апреля 2003 г., докладчик Комитета Парламентской ассамблеи Совета Европы по правовым вопросам и правам человека отметил, что существуют **серьезные аргументы в пользу исключения какой-либо роли полиции в принятии решения относительно уголовного преследования или продолжения уголовного преследования**: наиболее очевидным является тот аргумент, что сотрудники полиции, играя самую непосредственную роль в расследовании правонарушения, установлении личности и допроса подозреваемых, могут быть менее объективными при решении вопроса о привлечении физического лица к ответственности, чем более удаленный прокурор³⁰.

В отчете также указывается **отрицательная точка зрения в отношении тех национальных законодательств, в соответствии с которыми прокуроры наделены как полномочиями по защите прав человека, так и полномочиями принимать участие в судебных разбирательствах, основой целью которых является вмешательство в такие права лица**: считается, что такие системы поднимают вопросы относительно объективности и беспристрастности рассматриваемого органа в случаях, когда от него требуется защита прав лиц. Кроме того, заинтересованное лицо может впоследствии, обратиться в данный орган для защиты имеющихся у него прав. Обе точки зрения имеют потенциально серьезные последствия для освобождения государств от их обязанности обеспечивать каждое лицо, находящееся на территории его юрисдикции, без дискриминации, правами, установленными ЕСПЧ.

3.1.3 Средства правовой защиты против злоупотребления в государствах - членах Совета Европы

Нижеизложенный обзор подчеркивает существование множества механизмов, направленных на обеспечение защиты прав ответчиков в рамках проведения уголовного расследования, не нарушаемого чрезмерным почтением к усмотрению прокурора. С целью оценить, существуют ли достаточные основания для возбуждения уголовного дела в отношении физических лиц, были разработаны критерии (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии). На специализированных судей возлагалась обязательство проводить расследование (Франция) или осуществлять надзор над стадией расследования в той мере, в которой расследование относилось к судебному надзору над расследованием правонарушения, а не к сбору доказательств в поддержку уголовного преследования обвиняемого (Италия) На судей возлагалось обязательство принять некоторые доказательства, такие как показания под присягой, или рассмотреть обязательства в

³⁰ В соответствии с континентальным правом стран полиция никогда не выполняла функции уголовного преследования. Исключением является Норвегия, где полиция осуществляет функции уголовного преследования по делам несовершеннолетних.

целях принятия решения о том, имеются ли достаточные основания для вынесения обвинительного приговора (Италия). В зависимости от степени тяжести преступления или последствий, которые могут возникнуть в результате таких нарушений в отношении права ответчика на справедливое судебное разбирательство или отправление правосудия, такие средства правовой защиты включают в себя различные меры, от введения режима недействительности следственных действий и решений до недопустимости доказательств, приостановления судебного разбирательства судом (Франция, Нидерланды, Бельгия, Соединенное Королевство). Более строгий судебный надзор над стадией расследования дополняется наличием подробного режима привлечения к дисциплинарной, уголовной и гражданской ответственности.

а) Установление наличия достаточных оснований для возбуждения уголовного дела: Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии указания прокурорам относительно общих принципов подлежащих применению при принятии решений об уголовном преследовании, предусмотрены в Кодексе королевских прокуроров. Цель Кодекса королевских прокуроров заключается в том, чтобы убедиться, чтобы к ответственности за соответствующее нарушение привлекался именно тот человек, который его совершил, а также чтобы привлечь правонарушителей к ответственности в случаях, когда это представляется возможным.

В соответствии с проверкой на определение порогового значения, установленной Кодексом, прокуроры обязаны незамедлительно прекратить дела, которые не соответствуют определенным требованиям доказательности, и которые не могут быть подкреплены в ходе дальнейшего расследования, либо в случаях, когда общественный интерес не требует применения уголовного преследования.

В большинстве случаев прокуроры должны лишь принимать решение о начале уголовного преследования после завершения расследования или после того, как будут рассмотрены все доступные доказательства. Однако, будут дела, в которых будет ясно, до сбора и рассмотрения всех соответствующих доказательств, что общественный интерес не требует применения уголовного преследования.

Прокуроры должны быть удовлетворены тем, что имеются достаточные доказательства, чтобы обеспечить реальную перспективу вынесения приговора в отношении каждого подозреваемого по каждому пункту обвинения. Они должны рассмотреть, какая может быть предоставлена защита, и каким образом можно повлиять на перспективу вынесения приговора. Дело, которое не проходит стадию доказывания, не должно быть передано на рассмотрение, вне зависимости от того, каким серьезным или существенным оно может быть.

Факт, что существует реальная перспектива вынесения приговора, основывается на объективной оценке доказательств прокурором, включая влияние какой-либо защиты и любой иной информации, которую подозреваемый предоставил или на которую он или она мог бы положиться. Это означает, что объективные, беспристрастные и разумные присяжные или судьи, либо судья, слушающий дело самостоятельно, надлежащим образом назначенные и действующие в соответствии с законом, с большей вероятностью признают ответчика виновным по предполагаемому обвинению. Это другая проверка, отличающаяся от той, которую сами уголовные суды должны применять. Суд может вынести приговор только в том случае, если он уверен в виновности ответчика.

В соответствии с кодексом прокуроры должны рассмотреть наличие какого-либо вопроса в отношении приемлемости определенного доказательства. В ходе такого рассмотрения прокуроры обязаны оценить: вероятность того, что доказательство будет признано недопустимым судом; важность данного доказательства в отношении всех доказательств в целом, а также является ли полученное доказательство надежным и достоверным.

В каждом деле, в котором имеется достаточное доказательство для обоснования уголовного преследования, прокуроры должны продолжить рассмотрение вопроса о том, требует ли общественный интерес уголовного преследования или нет.

Уголовное преследование, как правило, применяется, если только прокурор не убежден, что имеются факторы общественного интереса, обосновывающие неприменение уголовного преследования, которые перевешивают факторы, обосновывающие применение уголовного преследования. В некоторых делах прокурор может быть убежден тем, что общественный интерес может быть надлежащим образом соблюден посредством предложения правонарушителю возможности рассмотрения его вопроса за пределами суда, а не с помощью применения уголовного преследования. Как правило, уголовное преследование применяется в случаях, когда нарушение является очень серьезным; степень виновности подозреваемого и уязвимости потерпевшего является высокой. К ним относятся случаи, когда между подозреваемым и потерпевшим имеются доверительные или властные отношения.

Как правило, если Королевская прокурорская служба (далее — «КПС») сообщает подозреваемому или ответчику о том, что уголовное преследование не будет применено, или о том, что уголовное преследование приостановлено, рассмотрение дела не подлежит возобновлению.

«КПС рассматривает все дела, переданные на рассмотрение полиции, до начала первого слушания в соответствии с их обязанностью, предусмотренной в Кодексе королевских прокуроров. Если выяснится, что полиция рассматривает дело, которое не предусмотрено настоящим руководством, то рассматривающий дело прокурор обязан рассмотреть, соответствуют ли имеющиеся в соответствующий момент времени доказательства и материалы [проверке доказуемости].

Если это так, то прокурор продолжит уголовное преследование и установит причину для рассмотрения дела. Если дело не соответствует соответствующей проверке, то прокурор должен незамедлительно проверить, имеются ли какие-либо иные доступные материалы, которые не были предоставлены, но которые могут позволить продолжить рассмотрение дела. Если это не так, то уголовное преследование приостанавливается в ожидании сбора дальнейших доказательств и передачи дела прокурору для принятия соответствующего решения»³¹.

Если правонарушение вменяется полицией при обстоятельствах, которые не предусмотрены руководством для прокуроров, то «решение может быть обжаловано в суд и может быть подвергнуто судебному надзору. Это может привести к возникновению ответственности в соответствии с гражданским правом, в особенности, если подозреваемый содержался под стражей»³².

Франция: начало расследования и полномочие прокурора на поиск альтернативы уголовному преследованию.

Полномочие на начало расследования во Франции принадлежит исключительно *прокурору (procureur)*³³. Кроме того, в соответствии со статьями 41-1 и 41-2 Уголовно-процессуального кодекса, *прокурор* имеет права применять альтернативы уголовному преследованию, например: привлечение внимания правонарушителя к обязательствам, предусмотренным законом; требование к правонарушителю урегулировать свою ситуацию в соответствии с каким-либо

³¹ Королевская прокурорская служба. Руководство по предъявлению обвинений 2013 - пятое издание, май 2013 (с изменениями и дополнениями) The Crown Prosecution Service (2013), [[The Director's Guidance On Charging](#)] - fifth edition (revised arrangements), доступно на: www.cps.gov.uk

³² Там же.

³³ Во Франции, также как и во многих других странах гражданского права, прокурор имеет значительные полномочия в области надзора, предоставления указаний и координации в отношении следственных органов: Французская судебная полиция находится под руководством прокурора, под надзором генерального прокурора и под контролем следственной палаты (раздел 13 Уголовно-процессуального кодекса: далее УПК). Прокурор осуществляет контроль над судебной полицией тремя различными способами:

- надзор и проверка в ходе расследований;
- обязанность по координации привлекаемых служб; а также
- выбор службы, которая будет нести ответственность за проведение следствия;

законом или нормативно-правовым актом; требование к правонарушителю устранить вред, причиненный правонарушением; а также, с согласия сторон, заключить мировое соглашение между правонарушителем и потерпевшим.

Если личность потерпевшего установлена, и если правонарушитель не утверждает, что ущерб был компенсирован, то районный прокурор обязан предложить правонарушителю устранить вред, причиненный в результате своего правонарушения в течение срока, не превышающего шести месяцев. Предложение *прокурора* об условном приостановлении может быть доведено до сведения правонарушителя через сотрудника судебной полиции. Так оно принимает форму письменного решения, подписанного *прокурором*, в котором указывается характер и количество предлагаемых мер. Такое письменное решение приобщается к материалам дела.

По состоянию на 2004 г. у обвиняемого имелось 10 дней для рассмотрения предложения *прокурора*. Это предусмотрено для того, чтобы предоставить юристам возможность проконсультировать своих клиентов относительно предложения, и, если это представляется возможным, обсудить условия результата дела.

Условное приостановление может быть предложено в любом государственном центре юридической поддержки. Лицу, которому предлагается условное приостановление, сообщается, что адвокат может оказать ему поддержку до того, как оно предоставит свое согласие на предложение *прокурора*. Данное согласие вносится в официальную учетную книгу, а копия предоставляется заинтересованному лицу.

Если правонарушитель соглашается с предлагаемыми мерами, то *прокурор* направляет Председателю районного суда ходатайство об утверждении условного приостановления. *Прокурор* также информирует правонарушителя и, при необходимости, потерпевшего.

Прокурор суда может перейти к заслушиванию правонарушителя и потерпевшего в присутствии их адвокатов, при необходимости. Если судья выносит приказ об утверждении условного приостановления, то согласованные меры вступают в силу, если нет, то предложение становится недействительным.

Италия: поиск альтернативного решения уголовному преследованию и содержанию под стражей за экономические преступления

В сфере экономических преступлений, предусматривающих участие юридических лиц, итальянский законодатель, как и многие другие, ввел подробный режим наложения санкций, основанный на системе применения денежных санкций и запретов, которые считаются более подходящими, чем уголовное преследование или содержание под стражей.

В соответствии с постановлением 231/2001 об ответственности юридического лица³⁴ предусмотрена двойная система применения санкций.

В то время как денежные штрафы всегда применялись при установлении нарушений, прочие санкции, оказывающие сдерживающее воздействие, применяются исключительно в случаях грубых нарушений. Денежные санкции устанавливаются в диапазоне от установленной минимальной и максимальной суммы, должны учитывать сумму доходов, полученных преступным путем, а также имущественное и финансовое положение компании.

Сумма штрафа уменьшается в случаях не очень грубых нарушений, а также в случаях, когда компания приняла меры для компенсации причиненного вреда или для восстановления ситуации (*restitutio in integrum*).

Кроме того данные санкции применяются на основании точно установленного режима:

³⁴ Постановление 231/2001 об ответственности юридического лица, [[Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#)], доступно на: www.camera.it

Временное закрытие завода или фабрики, приостановление или отзыв разрешений или лицензий, которые были использованы при совершении преступления, временный запрет на осуществление определенного вида деятельности, запрет (даже временный) на заключение договоров с государственными органами власти, исключение из списка лиц, получающих государственные льготы, финансирование и отзыв тех льгот, которые уже были предоставлены, запрет (даже временный) на рекламу товаров или услуг.

Предварительным условием применения таких санкций является получение юридическим лицом значительной суммы прибыли (доходы от преступления) от совершения преступления, а также совершение такого преступления лицами, занимающими руководящие должности, либо лицами, действующими под контролем других лиц, а также возможность совершения преступления ввиду отсутствия надлежащих организационных мер. Другим предварительным условием является то, что юридическое лицо уже было приговорено за совершение преступлений юридических лиц в прошлом. Логическим обоснованием данного положения является то, что денежные санкции оказались недостаточными для того, что удержать компанию от совершения преступлений (в особенности, когда денежные санкции ограничены по сравнению с доходом или иной прибылью, полученной в результате совершения преступления), а также компания проявила тенденцию участия в преступных видах деятельности. Некоторые санкции не могут быть применены, если компания приняла меры по компенсации причиненного вреда. Временные санкции могут применяться на срок от 3 месяцев до двух лет.

Другим важным ограничением применения данных санкций является то, что они должны применяться исключительно к тем видам деятельности, которые связаны с совершением преступления. Применение санкций ко всему юридическому лицу возможно лишь в том случае, если преступление является выражением общего намерения организации совершать преступления (в случаях, когда разработка уголовной практики влечет за собой участие руководства).

Применение данных санкций также предполагает, что компетентный судья оценит их способность удержать от повторного совершения преступления. Запрет осуществлять определенный вид деятельности может быть применен исключительно в том случае, если иные меры явились недостаточными для предупреждения повторного совершения преступления. То же самое касается любых санкций, предусматривающих сдерживающее воздействие, которые влекут за собой вмешательство в осуществление деятельности компании.

Для обеспечения постоянства при применении закона также необходимо предусмотреть, что как только возникнут условия для его применения, судья обязан применить их. Таким образом, отсутствует какая-либо возможность для усмотрения судьи, выносящего решения о применении или неприменении данных санкций. Наконец, во избежание причинения несправедливого вреда третьим лицам, таким как, работники, которые потеряют свою работу ввиду приостановления или запрета деятельности, также возможно назначить управляющего, который будет управлять компанией вместо лица, в отношении которого применены санкции.

в) Модели судебного контроля уголовного расследования: Франция и Италия

В странах континентального права, в основном, существуют две модели судебного участия в уголовном расследовании. Французская модель основана на осуществлении судьей следственных функций, которые, в основном, включают в себя изучение фактов. Данная модель преобладала в Европе до последних лет, но постепенно ее применение прекратилось. В Германии применение данной модели было прекращено в 1975 г., в Швейцарии в 2011 г., в Италии в 1989 г., и совсем недавно Испания также приняла новую модель, основанную на том, что судья (а не следственный судья) осуществляет предварительное расследование. Целью таких моделей является то, что судья концентрируется на вопросе права и процедуры, а также действует в качестве рефери между защитой и обвинением.

В любом случае обе модели характеризуются повышенной тщательностью рассмотрения со стороны судей на стадии расследования, которая может выходить за рамки рассмотрения вопроса лишения свободы³⁵ или требования о замораживании активов, а также включает процедуру получения доказательств и ход расследования.

Французский следственный судья

Французская правовая система характеризуется государственной централизованной концепцией отправления правосудия, посредством которой судья сохраняет за собой центральную роль в ходе расследования. Как правило в соответствии со следственной традицией, судья также является главным ответственным за защиту прав ответчика на стадии расследования.

Расследования ведутся полицией под надзором со стороны *прокурора* или *следственного судьи*, при этом функцией суда является не только вынесение решения на основании доказательств, представленных сторонами, но также и проведение своего собственного следствия по делу, чтобы убедиться в виновности или невиновности обвиняемого.

Несмотря на то, что судебное разбирательство представляет собой важное (и публично контролируемое) слушание дела, исторически, больше внимания уделялось именно досудебному этапу. Расследование рассматривается как контролируемое судом следствие в отношении правонарушения и соответствующих ему доказательств, а не сбор доказательств для того, чтобы подтвердить уголовное преследование обвиняемого.

Любые вопросы относительно лишения свободы лица в ходе расследования разрешаются специализированным судом: *juge des libertés et de la détention* (судьей по вопросам свободы и задержания). Расследования, в большинстве случаев дел, ведет *прокурор* (*procureur*) (который будучи судьей, а также является членом судебной системы). Будучи судьей, *прокурор* имеет более нейтральный статус и имеет более масштабную функцию, чем простой прокурор, а также несет ответственность как за надзор за расследованием, так и за контроль над содержанием под стражей подозреваемых в полицейском отделении, включая защиту из соответствующих процессуальных прав.

Несмотря на то, что *прокуроры*, будучи судьями, подотчетны одному и тому же руководящему органу, что и иные судьи (*Высшему совету магистратуры* (*le conseil supérieur de la magistrature*)), они также подчиняются Министерству юстиции, которое, согласно статье 36 Уголовно-процессуального кодекса (УПК) имеет полномочие по предоставлению указаний в отдельных случаях. Данное полномочие вызывает противоречие в некоторых случаях из-за опасности, которой оно подвергает независимость судей.

В результате нескольких противоречивых дел в 80х- 90х гг, когда Министерство юстиции активно издавало указания по отдельным делам в отношении политических деятелей и предпринимателей, были введены новые положения, предусматривающие требования, например, письменную форму таких указаний. Практика использования менее формального общения между *прокурорами* и Министерством юстиции, однако, сохраняется, при этом такое общение, как правило, рассматривается в качестве «указаний». В 1990г. такие указания периодически использовались для того, чтобы задержать проведение расследований по значимым делам (часто с участием политических деятелей), для того, чтобы позволить министрам уйти в отставку или заблокировать

³⁵ Прецедентное право ЕСПЧ предусматривает важное руководство в отношении критериев рассмотрения судом вопроса о предварительном заключении под стражу, независимо от специальной квалификации компетентного судьи: в постановлении по делу *Ечиус против Литвы* (*Jėčius v. Lithuania*), когда Суд указал что пункт (4) статьи 5 предоставляет обвиняемому право на рассмотрение вопроса отбывания наказания в виде лишения свободы на условиях процессуального и материального права, которые имеют существенное значение для обеспечения "законности", в соответствии с условиями Конвенции. Это означает, что компетентный суд обязан рассмотреть не только соблюдение процессуальных требований национального законодательства, но также и разумность подозрения, предусматривающего арест, а также законность цели, преследуемой арестом и содержанием под стражей.

политически значимые дела, даже несмотря на то, что согласно статье 36 УПК приказы об прекращении дела не входили в полномочия Министра.

В конечном счете, в соответствии с Конвенцией ООН³⁶ против коррупции и рекомендациями ОЭСР³⁷, требующих дополнительных гарантий для защиты независимости прокуроров, в июле 2013 г. в Уголовно-процессуальный кодекс были внесены изменения для того, чтобы в ясной форме установить, что Министерство юстиции не вправе давать указания прокурорам по отдельным делам.

Расследования, которые ведет *следственный судья (juge d'instruction)*, традиционно отличаются. Некоторые *следственные судьи*, как правило, принимают участие в противоречивых и высоко значимых расследованиях, а в отношении политических и административных должностных лиц все чаще проводились расследования, и они привлекались к ответственности за халатное исполнение обязанностей. Политические деятели и влиятельные предприниматели также попадали под тщательное наблюдение по ряду дел о коррупции, в которых участвовали представители обеих сторон политического сектора. До 1988 г. и 1990 г., когда были приняты законы для регулирования финансирования политических партий, в ходе расследования, осуществляемого *следственными судьями*, было обнаружено, что три четверти всего коммерческого финансирования на выборах поступало от фирм, которые несли ответственность за заключение договоров с местными органами власти под руководством политических деятелей партий.

СМИ сыграли важную роль в предупреждении того, что данные расследования велись исключительно *прокурорами*, полномочия которых ограничены указаниями Министерства юстиции. Несмотря на явную тайну указаний, ключевые доказательства проникли в прессу, и имена некоторых *следственных судей* активно упоминались в СМИ. Многие из них подтвердили ценную роль СМИ, действия которых явилось «рычагом для изменений». Недавно, однако, возникло мнение, что такое использование средств массовой информации более не требуется, поскольку судьи сумели укрепить свою независимость, и считается, что лучше перейти от подобного широко освещаемого в СМИ и персонализированного имиджа правосудия до такого, который сконцентрирован на деле и доказательствах.

Следует, однако, отметить, что *следственные судьи* несут ответственность лишь за малый процент расследований, поэтому влияние деятельности *следственных судей* на борьбу с коррупцией остается ограниченным.

Функции следственного судьи

Несмотря на то, что малый процент дел рассматривают указанным образом, *следствие* представляет собой модель следствия в рамках французской следственной модели. Следственный судья ответственен за наиболее серьезные и сложные дела - некоторые следственные меры, такие как телефонные записи, могут быть санкционированы лишь следственным судьей. Они также могут привлекаться в случаях, когда расследование не может быть осуществлено при строгом соблюдении условий *GAV* (*garde à vue, arrest* (фр. заключение под стражей, арест)), или в случаях, когда прокурор намерен поместить подозреваемого под стражу во время расследования.

Раскрытие «информации» прокурором для того, чтобы следственный судья смог исследовать ее, является обязательным для большинства серьезных правонарушений, преступлений, и дискреционным для менее серьезных правонарушений (статья 79 УПК). Оно также может осуществлено для мелких правонарушений по требованию *прокурора*.

³⁶ Общий отчет по внедрению КООНПК (2011), Аналитическая сводка: отчет по Франции UNCAC (2011), [*Résumé analytique : rapport de la France*], Vienna, p. 5, доступно на французском языке на: www.unodc.org

³⁷ Отчет по 3-му этапу внедрения Конвенции ОЭСР против коррупции во Франции, октябрь 2012 г., стр. 5 Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Corruption Convention on France, October 2012, p. 5

Следственный судья вправе лишь проводить расследование в соответствии с утверждением, предоставленным *прокурором*. Это означает, что даже если в ходе расследования раскрыты последующие преступления, то расследование данных преступлений требует разрешения со стороны *прокурора*.

Следственный судья обязуется в соответствии с законом предпринять следственные меры, которые он сочтет необходимыми для раскрытия истины. Он стремится найти доказательства невиновности или вины (статья 81 УПК).

В случаях, когда *следственный судья* не может лично рассмотреть все аспекты расследования, то он вправе уполномочить сотрудников судебной полиции провести необходимое расследование и затем отчитаться ему. *Следственный судья* обязан проверить всю информацию, собранную вышеуказанным способом. Действия, которые не могут быть делегированы, но должны быть выполнены следственным судьей лично, включают проверку правильности записей интервью, а также допросы лиц, находящихся под следствием.

Лица, находящиеся под следствием по делам, относящимся к юрисдикции следственных судей, также пользуются более обширными правами защиты.

Характер допроса следственным судьей сильно отличается от допросов, проводимых во время GAV в отделении полиции: последние, как правило, являются более враждебными и принудительными, а допросы следственным судьей проводятся в Дворце юстиции, при этом, обеспечивается точность записей интервью, поскольку обвиняемому предоставляется возможность исправить какие-либо ошибки до того, как документ будет распечатан или подписан (Mis en examen (МЕЕ)).

Таким образом, расследование характеризует основу следствия французского уголовного процесса в тех случаях, когда вопросы избираются и обсуждаются не во время уголовного преследования и защиты во время судебного разбирательства, а судьей во время проведения досудебного расследования.

Двойная функция *следственного судьи*, таким образом, настолько устоялась, что стала широко применяться и рассматриваться положительно, в то время, когда защитная роль юристов стала отодвигаться на задний план. Для *следственного судьи*, также как и для *прокурора*, защита представляет собой законодательную функцию, действующую в форме демонстрации и гарантии справедливости процедуры.

С другой стороны, в результате принятия ЕСПЧ важных постановлений, досудебная функция защиты юристом получила развитие и была укреплена. Такие права защиты, однако, имеют большее значение в контексте расследования, осуществляемого *следственным судьей*, чем расследования, осуществляемого *прокурором*.

Правовая практика европейских судов признает, что судебное разбирательство не может рассматриваться в виде дискретного этапа уголовного процесса, не зависящего от досудебного расследования, а отрицание прав защиты на стадии расследования может нанести вред подготовке защиты дела, и, следовательно, справедливости судебного разбирательства. Для лиц, в отношении которых ведется расследование под надзором прокурора, такие защитные права получили толкование в самом узком смысле, насколько это представляется возможным (например, в случае, если подозреваемый имеет право сохранять молчание, но не информируется о таком праве).

Адвокаты защиты по делам, расследование по которым осуществляется полицией под надзором *прокурора*, могли предварительно встречаться с подозреваемым в течение 30 минут, при этом им было отказано в доступе к материалам дела. Адвокаты защиты теперь получили более широкий и простой доступ к материалам, а также получили пять рабочих дней до какого-либо судебного допроса своих клиентов, который может быть проведен.

В ходе следствия роль адвоката защиты значительно существеннее ввиду его способности повлиять на толкование и содержание материалов дела, которые формируют основную доказательную часть судебного разбирательства. Поскольку его роль не оспаривает базовый принцип судебного надзора, поскольку адвокат принимает участие в расследовании через следственного судью, он также выступает как дополнительный помощник судьи, который может внимательно изучить результаты расследования, оспорить ошибки в процессе, потребовать проведения определенных расследований, а также присутствовать во время опроса своего клиента и иных свидетелей.

Следственный судья может автоматически, или по требованию суда или гражданской стороны, осуществить в соответствии с законом какое-либо действие, которое позволит ему оценить характер и важность вреда, причиненного потерпевшему, либо получить информацию о личности последнего (статья 81-1 УПК).

Следственный судья несет ответственность за проведение опросов, очных ставок и судебных слушаний. *Прокурор*, адвокаты, действующие в интересах сторон, и любой присутствующий свидетель могут задать вопросы или сделать короткие замечания.

Юристы, как правило, применяют скорее подход сотрудничества со следственными судьями, чем непосредственное оспаривание его решения, и часто наиболее выигрышным подходом при защите является объединение процесса «искусного маневрирования» с неофициальными ходатайствами.

После дела Утро (Outreau) (2004), приняты дальнейшие меры для обеспечения более надежной защиты лиц, в отношении которых ведется расследование. В деле «Утро» с семи из семнадцати ответчиков были сняты обвинения в связи с насилием в отношении детей. После снятия обвинений одна из ответчиков сказала суду, что следственный судья не был заинтересован в ее изложении событий, рассердился и угрожал ей, когда она отрицала [обвинения в свой адрес]. Шесть из семи оправданных лиц содержались под стражей в течение трех лет на основании обвинений, которые были сняты во время судебного разбирательства. Как выяснилось на судебном разбирательстве, *следственный судья*, будучи молодым и неопытным, истолковал дело против обвиняемых. В результате, немедленно после вынесения оправдательного приговора Министр юстиции объявил об учреждении рабочей партии для рассмотрения процедуры проведения следствия. Отчет был опубликован в 2005 г., было рекомендовано назначать двух следственных судей по сложным делам и делам, требующим особого внимания, для того чтобы работа была разделена и теории и версии подвергались перекрестной проверке, что позволит избежать «туннельного видения» при толковании дела. Данная реформа, несмотря на то, что она была направлена на улучшение прав защиты, показала еще раз, что роль адвоката защиты не считается ключевой в ходе расследования преступления.

Италия

В Италии охрана прав защиты на стадии предварительных расследований обеспечивается через множество механизмов и принципов. Специальные судьи (судьи предварительного расследования и судьи предварительного слушания) созданы для того, чтобы рассматривать действия и решения прокуроров на стадии расследования и выносить решение о том, должно ли лицо предстать перед судом для судебного слушания дела. Лица, в отношении которых ведется расследование, также имеют расширенное право принимать участие в уголовном расследовании, и, при определенных обстоятельствах, они могут потребовать собирать доказательства с их участием и участием судьи.

Судьи предварительного расследования

Хотя расследование проводится прокурорами и полицией, закон предусматривает, что, если в ходе расследования имеется необходимость осуществить определенные действия, которые затрагивают свободы лиц, в отношении которых ведется расследование, а также действия, которые могут повлиять на их судьбу, соответствующие меры должны приниматься специальными судьями: судьями предварительного расследования (*Giudice delle indagini preliminari – GIP*).

Судьи предварительного расследования также несут ответственность за принятие мер по ограничению личной свободы лиц, в отношении которых ведется расследование, например, досудебное содержание под стражей или домашний арест, а также приказы о замораживании активов.

Задача судьи предварительного расследования заключается в обеспечении осуществления работы прокуроров в соответствии с законом и с соблюдением прав лиц, в отношении которых ведется расследование.

Судьи предварительного расследования также несут ответственность за принятие мер по ограничению личной свободы лиц, в отношении которых ведется расследование, например, досудебное содержание под стражей или домашний арест, а также приказы о замораживании активов.

Кроме того, по требованию сторон, судья предварительного расследования должен принять решения о разрешении особой процедуры дознания для учета доказательств в ходе досудебного этапа (*incidente probatorio*), а также председательствует во время сбора таких доказательств противной стороны. Судья предварительного следствия также выносит постановления по каким-либо ходатайствам об отказе в возбуждении дела.

Решения следственного судьи могут быть обжалованы ответчиком, либо прокурор может обжаловать приказ судьи в *Суде свободы (Tribunale della Libertà)*. Данный суд может оставить без изменения, изменить или отменить приказ судьи, пересмотрев все доказательства обстоятельств (которые являются достаточными для вынесения приказа об аресте или принятия мер предупреждения, но не обязательно в целях вынесения приговора). Решение может быть обжаловано в *Верховный суд (Corte di Cassazione)*, который не вправе выносить решения по существу, а только в отношении правильности процесса и правильности толкования закона.

Стадия предварительного расследования прекращается, когда прокурор принимает решение признать лицо, в отношении которого ведется расследование, виновным или невиновным.

Если прокурор считает, что отсутствуют какие-либо доказательства, которые показывают, что лицо, в отношении которого ведется расследование, совершило преступление (либо что доказательства недостаточны, чтобы подтвердить обвинение в суде), либо что действие не представляет собой правонарушение, он просит судью предварительного расследования закрыть дело. Судья вправе согласиться с таким требованием, либо приказать прокурору провести дополнительное расследование. Если после проведения этих дополнительных расследований прокурор продолжает считать, что отсутствуют какие-либо основания для направления дела в суд, судья предварительного расследования все же вправе издать указ о вынесении обвинительного приговора. Также необходимо отметить, что если дело закрыто, то потерпевший вправе обжаловать данное решение судье предварительного расследования.

Если расследование закрыто прокурором, прокурор не вправе принимать какие-либо дальнейшие меры в отношении того же самого преступления до тех пор, пока не обратится за разрешением на возобновление дела к судье предварительного расследования и не получит его у него. Без такого разрешения какие-либо меры, принятые прокурором, будут являться неприемлемыми в ходе судебного разбирательства, а прокурор утратит право уголовного преследования в отношении преступления в будущем.

Юрисдикция судьи предварительного расследования описывается в литературе как полуюрисдикция, поскольку его инициатива обусловлена подачей требований со стороны прокурора, потерпевшего или лица, в отношении которого ведется расследование. Он вправе выносить решение по ограниченному кругу вопросов, указанных в Уголовно-процессуальном кодексе и не имеет *ex officio (по должности)* полномочия собирать доказательства или принимать иные следственные меры, поскольку его функция заключается, прежде всего, в охране прав

защиты. Однако, следует отметить, что в соответствии с решениями Конституционного суда, данный судья получил более активную роль в отношении сбора доказательств.

Судьи предварительного слушания

По завершении предварительного расследования, если прокурор считает, что может обосновать дело, он вызывает ответчика к *судье предварительного слушания (Giudice per l'Udienza Preliminare)*.

Перед ним прокурор предоставляет все доказательства, которые он собрал до данного момента; ответчик может обосновать свою позицию или попытаться доказать, что условия, которые необходимы для судебного разбирательства и вынесения обвинительного приговора, не являются достаточными.

Если судья предварительного слушания считает, что доказательства, собранные к тому моменту времени, являются достаточными для обоснования приговора, то он издает приказ о предъявлении обвинения в суде.

Судья предварительного слушания имеет полномочие пересмотреть законность и существо обвинения, выдвинутого прокурором. В то время, как судья предварительного расследования не имеет контроля над материалами уголовного дела, которое хранится у прокурора, как только прокурор требует проведения предварительного слушания, он должен передать материалы дела судье предварительного слушания. После данной даты прокурор обязан уведомить обоих судей и ответчика о любых дальнейших следственных мерах, которые он предпримет.

Если судья предварительного слушания считает, что на основании существующих доказательств он не может принять какое-либо решение о передаче дела обвиняемого для судебного разбирательства ввиду неполного характера расследования, он может издать приказ прокурору, указав, какие еще следственные меры необходимы, а также установив даты для их выполнения и дату нового предварительного слушания. В результате данного слушания дела судья вправе принять решение о передаче дела обвиняемого для судебного разбирательства, о снятии обвинений, либо издать новый приказ для дальнейшего проведения следственных мероприятий. В последнем случае, если судья не в состоянии принять решение на основании доказательств, которые имеются в его распоряжении, он вправе приказать *ex officio* собрать доказательства, влияние которых является существенным для принятия решения об отсутствии дела. В противном случае судья предварительного слушания предоставляет требование о передаче [дела] для судебного разбирательства и издает постановление с приказом начать судебное разбирательство.

Для того, чтобы обеспечить беспристрастность различных типов судей законом введен режим отсутствия взаимозаменяемости между функциями судьи предварительного расследования, судьи предварительного слушания и судьи судебного разбирательства.

с) Средства правовой защиты в отношении нарушений и ошибок в ходе расследования: ничтожность, недействительность процессуальных актов и правила об исключении доказательств

Франция

Несмотря на то, что, действительно, порядок работы *следственного судьи* позволяет обеспечить более надежную охрану прав защиты, нарушение прав защиты до сих пор сохраняются и устраняются посредством разных положений:

Стороны вправе требовать замены *следственного судьи* и для того, чтобы обеспечить его беспристрастность, следственный судья может не участвовать в судебном разбирательстве каких-либо уголовных дел, по которым он работал в своем статусе следственного судьи, под угрозой объявления ничтожности его действий.

Несоблюдение формальностей, изложенных в повестке вызова в суд, судебных приказах о заключении под стражу, приказах об аресте и приказах о розыске лиц, могут привести к применению дисциплинарных санкций к *следственным судьям, судьям по вопросам свободы и задержания (juge des libertés et de la détention)* или *прокурора*.

В ходе расследования следственная палата, по любому вопросу, может аннулировать процессуальное действие или процессуальный документ *следственного судьи, прокурора*, сторон или присутствующего свидетеля (статья 170 УПК).

Ничтожность признается в случае, когда нарушение существенной формальности, предусмотренной настоящим Кодексом или любым иным правилом уголовного процесса, нанесло вред интересам заинтересованных сторон (статья 171 УПК). Сторона, в отношении которой существенная формальность не была соблюдена, вправе отказаться от нарушения и таким образом урегулировать процедуру. Такой отказ должен быть указан в ясной форме. Он может быть сделан исключительно в присутствии адвоката, либо в случае, если последний был вызван в суд надлежащим образом (статья 172 УПК).

Порядок аннулирования процессуального действия

Если следственный судья считает, что процессуальная мера или документ влечет за собой ничтожность, то он может приказать следственной палате аннулировать его, после того как заслушает мнение *прокурора* и уведомит об этом стороны.

Если прокурор считает необходимым признать ничтожность, то он приказывает *следственному судье* направить ему материалы дела, для того, чтобы направить их следственной палате, подает заявление об аннулировании в данную палату и информирует об этом стороны.

Если одна из сторон, либо присутствующий свидетель считает необходимым признать ничтожность, то он/она направляет дело в следственную палату в сопровождении обоснованного заявления, копию которого он/она направляет *следственному судье*, который передает дело председателю следственной палаты. Заявление должно быть составлено, под угрозой быть признанным неприемлемым, в виде заявления в судебное отделение следственной палаты. Оно регистрируется и датируется секретарем, который подписывает его вместе с заявителем и его адвокатом. Если заявитель не способен его подписать, то секретарь вносит соответствующую запись. Если заявитель или его адвокат не проживают на территории юрисдикции компетентного суда, то заявление, направленное в судебное отделение, может быть направлено заказным письмом с уведомлением о вручении. Если лицо, в отношении которого осуществляется судебное рассмотрение, содержится под стражей, то заявление также может быть направлено посредством заявления, оформленного у управляющего тюрьмы. Данное заявление регистрируется и датируется управляющим тюрьмы, который подписывает его вместе с заявителем. Если заявитель не способен его подписать, то управляющий тюрьмы вносит соответствующую запись. Данный документ (оригинал или копия) незамедлительно отправляется с помощью средств, доступных в судебном отделении следственной палаты.

В течение восьми дней после получения материалов дела в судебном отделении следственной палаты, председатель вправе, путем вынесения приказа, который не может быть обжалован, вынести решение о неприемлемости жалобы в соответствии с настоящей статьей, пунктами три и четыре, статьей 173-1, пунктом первым статьи 174 или пунктом вторым статьи 175; он также вправе вынести решение о том, что заявление является неприемлемым без предоставления причин. Если устанавливается, что заявление является неприемлемым, то председатель следственной палаты приказывает возвратить материалы дела *следственному судье*; в иных случаях, он передает их прокурору, который начинает производство в соответствии со статьей 194 и последующими.

Нидерланды

Нидерландский уголовно-процессуальный кодекс содержит положения, которые позволяют исключить незаконно полученные доказательства, вне зависимости от того, нарушены ли

установленные законом правила или конституционные положения. Нидерландское законодательство предусматривает, что если нарушение не может быть устранено, то судья, учитывая важность интересов, охраняемых процессуальными нормами, серьезность нарушения, а также вред, причиненный правам ответчиков. Если судья установит, что средство правовой защиты гарантируется, то у него есть несколько вариантов для выбора: наиболее суровый это отказать полностью в возбуждении уголовного дела (за наиболее серьезные ничтожные действия), либо он может предупредить использование доказательств в ходе судебного разбирательства, либо он может сократить приговор ввиду нарушения, но разрешить использование доказательство в ходе судебного разбирательства (статья 359а УПК)³⁸.

Статья 359а устанавливает нарушение процессуального правила в ходе предварительного расследования. Отсутствует какое-либо различие между различными видами правил, поскольку они оба являются правилами защиты основных прав, а также иных процессуальных правил.

Кроме этого, статья 359 УПК применяется исключительно к тем нарушениям процессуальных правил, которые не подлежат устранению. Если они могут быть устранены, например, путем повторения действия, то это осуществляется без применения правовых последствий данных правил. Нидерландский верховный суд указал, что для принятия решения о том, вытекают ли правовые последствия из нарушения процессуальных правил и какие последствия наступают, судья должен учесть интерес, которому служит нарушенное правило, серьезность нарушения и причиненный им вред. При определенных обстоятельствах добросовестность сотрудников, осуществляющих расследование, которые нарушили процессуальные правила, может иметь значение³⁹.

В случае серьезных нарушений, закономерным последствием будет запрет уголовного преследования, в то время как мелкие нарушения влекут лишь сокращение приговора или простое установление его незаконности.

Более серьезные санкции, заключающиеся в прекращении уголовного преследования, применяются, если следователи или прокуроры серьезно нарушили принцип справедливого разбирательства умышленно, либо при грубом игнорировании интересов обвиняемого⁴⁰. На сегодняшний день, данная санкция применялась в основном в делах, когда возможность судебного мониторинга сбора доказательств была намеренно затруднена⁴¹. В ином случае, когда имеется неприемлемая договоренность со свидетелем со стороны обвинения о том, что в обмен на то, что он выступает таким свидетелем, в его отношении не будет вынесен какой-либо приговор о заключении под стражу⁴².

В случае серьезных нарушений, закономерным последствием будет прекращение уголовного преследования, в то время как мелкие нарушения влекут лишь сокращение приговора или простое

³⁸ Статья 359 гласит следующее: Если доказано, что процессуальные нормы нарушены в ходе предварительного расследования, при этом данное нарушение не может быть устранено, а правовые последствия нарушения не очевидны в соответствии с материальным правом, то суд вправе вынести решение, что а) степень наказания может быть уменьшена пропорционально серьезности нарушения, если вред, причиненный таким нарушением может быть компенсирован таким образом; б) результаты расследования, полученные в ходе нарушения, не могут способствовать доказательству совершения правонарушения, вменяемого в вину; с) что служба уголовного преследования будет отстранена от уголовного преследования, если нарушение делает невозможным слушание дела в суде в соответствии с принципами надлежащего процесса.

При применении первого пункта суд должен учесть интерес, который имеет нарушенное правило, серьезность нарушения и причиненный им вред. Судебное решение может содержать решения, перечисленные в первом подпункте. Данное решение должно быть обосновано.

³⁹ Отчеты по голландскому праву: HR June 3, 2001, Dutch law reports 2001, 536 and HR March 26, 2002, Dutch Law reports 2002, 343

⁴⁰ Отчеты по голландскому праву: HR December 19, 1995, Dutch Law reports 1996, 249 Annotated by Schalken

⁴¹ Отчеты по голландскому праву: HR February 4, 1997, Dutch Law reports, 308, annotated by Schalken and HR September 8, 1998, Dutch Law reports 1998, 879 annotated by Schalken

⁴² Отчеты по голландскому праву: HR June 1, 1999, Dutch Law reports 1999, 567, annotated by Schalken and HR June 8, 1999, Dutch law reports 1999, 773, annotated by Reijntjes

установление их незаконности⁴³. Доказательства исключаются в тех случаях, когда существует причинно-следственная связь между нарушением и собранными доказательствами, такие как, например, как осуществление обыска помещений в нарушение процессуальных норм: в данном случае доказательства будут признаны недействительными⁴⁴.

Сокращение приговора применяется в том случае, когда подозреваемому причинен фактический вред нарушением, вред был вызван нарушением, вред может быть компенсирован посредством сокращения приговора, а сокращение приговора является обоснованным в свете важности нарушенного правила и серьезности нарушения. Такие меры могут применяться в случае проведения обысков, которые соответствуют основным, но не всем требованиям⁴⁵, либо когда незаконное действие не приводит в результате к получению доказательства, а доказательства не могут быть исключены на этом основании. Типичным примером является арест, который является законным сам по себе, но сопровождается не требуемыми усилиями⁴⁶.

Верховный суд также указал, что не все нарушения процессуальных правил влекут за собой последствия, предусмотренные в статье 359 УПК в качестве обоснованных в соответствии с данной нормой, и что такое нарушение не обязательно приведет к каким-либо выгодам для обвиняемого. Таким образом, в данных делах установление нарушения не будет достаточным⁴⁷.

Италия

Уголовно-процессуальный кодекс установил несколько условий ничтожности и недействительности в отношении действий, осуществленных в нарушение закона⁴⁸. Список условий ничтожности и недействительности, указанных законодателем, является исчерпывающим, и иные нарушения закона, прямо не предусмотренные в данном списке, приведут к ошибочному действию (которое может привести к наложению дисциплинарной санкции на лицо, допустившее такую ошибку, но не имеет каких-либо последствий для судопроизводства).

Виды условий недействительности, предусмотренные в Уголовно-процессуальном кодексе, включают: неприемлемость, истечение срока давности, ничтожность, исключение доказательства. Неприемлемость некоторых действий препятствует суду рассматривать по существу требование, направленное стороной.

В зависимости от важности соответствующего интереса или рассматриваемого права, условия ничтожности подразделяются на:

- условия абсолютной ничтожности;
- условия промежуточной ничтожности;
- условия относительной ничтожности.

Условия ничтожности действия влияют на последующее действие.

Условия абсолютной ничтожности применяются к наиболее серьезным нарушениям, которые считаются наносящими вред основным ценностям, присущим уголовному судопроизводству (например, компетентность и количество судей, не направление уведомления обвиняемому, отсутствие законного представителя, когда это является обязательным).

Абсолютная ничтожность не подлежит устранению (за исключением случаев отмены вступившего в силу решения) и может быть объявлена судьей (даже *ex officio*) на любой стадии производства по делу.

⁴³ Маттиас Дж. Боргерс и Лоннеке Стивенс, Нидерланды: сбалансированный законодательный подход и выбор средств правовой защиты при правиле об исключении доказательств в сравнительном правоведении, под ред. Стивена Тамана Matthias J. Borgers and Lonneke Stevens, *The Netherlands: statutory balancing and choice of remedies in Exclusionary Rules in Comparative law* ed by Stephen Thaman, Springer Publishing 2013

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Отчеты по голландскому праву: HR July 2, 2002, Dutch law reports 2002, 624

⁴⁶ Отчеты по голландскому праву: HR December 21, 2004, Dutch Law reports 2005, 172, annotated by JR

⁴⁷ Отчеты по голландскому праву: HR July 27, 2009, Dutch law reports 2009, 86

⁴⁸ Статья 179-181 Итальянского УПК.

Промежуточная ничтожность может быть объявлена *ex officio* судом, но не может быть устранена до тех пор, пока не будет вынесено решение суда по существу дела. Такая ничтожность относится, например, к таким делам, когда потерпевший не был уведомлен или был не в состоянии присутствовать во время судопроизводства.

Относительная ничтожность состоит из мелких недочетов в ходе уголовного судопроизводства (несмотря на то, что они имеют более серьезный характер, чем ошибки) и, в основном, может быть устранена. Данные виды недействительности должны быть перечислены в особых положениях. Они не могут быть объявлены *ex officio* судьей, поскольку для этой цели требуется направление заинтересованным лицом ходатайства.

Другими санкциями за нарушение закона в ходе уголовного судопроизводства являются: срок давности, в результате которого действие не может быть осуществлено как только условие выполнено или срок прекращен, и правила исключения, которые ведут к неприемлемости (невозможности использования) доказательства, полученного на незаконных основаниях.

Среди различных видов невозможности использования выделяют:

- абсолютная невозможность использования;
- относительная невозможность использования;

Абсолютная невозможность использования предусматривает, что судья ни при каких обстоятельствах не может использовать доказательство, полученное в нарушение положений закона. В случае относительной невозможности доказательство будет приемлемым лишь в отношении некоторых лиц или в отношении некоторых судопроизводств (например, в последнем случае в отношении чистосердечных признаний, сделанных свидетелями: данные показания не могут быть использованы против свидетеля, но могут быть использованы, при определенных условиях, в иных судопроизводствах или в отношении иных лиц);

Наконец, прецедентное право и доктрина установили отсутствие как наиболее строгую форму недействительности, хотя она прямо предусмотрена законодателем: это применяется, например, при отсутствии юрисдикции у суда или в случаях, когда у обвиняемого имеется иммунитет от уголовного преследования.

Германия

Несмотря на то, что немецкое законодательство не использует концепцию ничтожности, немецкие правоведы и суды разработали множество подходов для принятия решения относительно исключения различных видов незаконных доказательств. Например, в прецедентном праве установлены абсолютные правила исключения (абсолютные *Verwertungsverbote*) на основании которых осуществляется строгое исключение доказательства, и относительные правила исключения, в зависимости от грубого нарушения правила, регулирующего порядок сбора доказательства, который включает оба случая, как абсолютное исключение доказательства, так и случаи, когда судьи могут взвесить аргументы за и против осуществления исключения (относительные *Verwertungsverbote*)⁴⁹.

Первая категория исключает доказательства, которые противоречат деятельности правоохранительных органов, вне зависимости от ненадлежащего поведения (например, случай наличия нарушения конституционного права на частную жизнь или иные охраняемые конституцией права). Вторая категория относится к исключению доказательств в результате незаконного характера их получения в нарушение правил относительно их сбора правоохранительными органами. Например, суды приняли решение, что доказательства, собранные в результате внутреннего прослушивания квартиры, признаны неприемлемыми,

⁴⁹ Кориат, Х. (2004), *О недопустимости доказательств в уголовном процессе*, Франкфурт-на-Майне/Нью-Йорк: П. Ланг [*Über Beweisverbote im Strafprozess*], P.Lang, Frankfurt am Main/New York

поскольку правоохранительные органы получили разрешение только на прослушивание снаружи дома⁵⁰.

Прецедентное право также включило в данную категорию дела, в которых следственные меры применялись произвольно в отношении какого-либо лица⁵¹. При осуществлении вышеуказанного суда применяют тестирование баланса на основе принципа пропорциональности⁵². В данном случае, незаконно полученные доказательства исключаются лишь на том основании, что интересы правоохранительных органов не могут перевешивать интересы ответчика⁵³. Рассматриваемые обстоятельства включают серьезность неправомерного поведения полиции, важность нарушенных законных интересов, серьезность преступления, совершенного ответчиком, а также отношение предметов доказательств для результатов разрешения дела⁵⁴.

Как правило, нарушение правила, охраняющего основные процессуальные права ответчика, ведет к исключению полученного доказательства. Так, например, если подозреваемому не было сообщено о его праве сохранять молчание или проконсультироваться с защитником по своему выбору, то невыполнение вышеуказанных действий ведет к исключению любого заявления, сделанного им в ходе его допроса⁵⁵.

Совсем недавно немецкие суды ввели исключение в исключение доказательств: правило исключения подлежит применению, только если возражения лица, права которого были нарушены в ходе сбора доказательств, относительно приемлемости доказательств носят своевременный характер⁵⁶. В других случаях суды установили, что соответствующее доказательство не должно быть исключено лишь на том основании, что допущена техническая ошибка, если доказательство могло бы быть получено иным образом законным способом⁵⁷.

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии: Злоупотребление в ходе⁵⁸ судопроизводства и приостановление судопроизводства (относительно: Королевской прокурорской службы. Злоупотребление в ходе судебного производства⁵⁹)

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии основным принципом является то, что именно органы уголовного преследования, а не суд, принимают решение о необходимости начала уголовного преследования, и в случае его начала, решение о необходимости его продолжения.

Однако, суды имеют доминирующую обязанность оказывать содействие отправлению правосудия и предотвратить несправедливость. На основании данной обязанности возникает соответствующее полномочие «остановить» обвинения (или приостановить уголовное преследование в судах магистрата), если суд придерживается мнения, что разрешение продолжить уголовное преследование будет представлять собой процессуальное злоупотребление со стороны суда. Хотя суды не имеют какого-либо полномочия непосредственно применять дисциплинарное наказание к сотрудникам полиции или к органам уголовного преследования, они вправе «отказать им в возможности воспользоваться злоупотреблением в силу их поведения на том основании, что это является процессуальным злоупотреблением, и тем самым предотвратить уголовное преследование».

⁵⁰ BGHSt 42,372,377(1.15.1997)

⁵¹ BGHSt 41,30,34 (2.16.1996) and BGHSt 47,362 (8.1.2002)

⁵² BVerfGE 209,7 (1.15.1958); BVerfG,NJW 1962, 2243 (11.9.1962);BVerfG NJW 1963,147 (12.18.1962)

⁵³ BGHSt 47, 172, 179-180 (11.22.2001); BGH NJW 2003, 2034

⁵⁴ BGHSt 38,372 (10.29.1992)

⁵⁵ BGHSt 11,213 (1.21.1958); BGHSt 38,214,220 (2.27.1992)

⁵⁶ BGHSt 38, 214,225 (2.27.1992); BGHSt 39,349,352 (10.12.1993); BGH JR 2005, 385,386

⁵⁷ BGHSt 24,125 (3.17.1971); См. также Таман С.С., 2001, Правило по делу Миранды в сравнительном праве (Thaman S.C. 2001, Miranda in comparative law). Saint Louis university law journal 45:581-622

⁵⁸ Приостановление судопроизводства является решением суда в гражданском и уголовном судопроизводстве, в соответствии с которым прекращается дальнейшее рассмотрение дела в суде.

⁵⁹ *Злоупотребление в ходе судебного производства* CPS, [*Abuse of process*], доступно на: www.cps.gov.uk

Процессуальное злоупотребление определено в качестве такого несправедливого и неправомерного поведения в связи с осуществлением уголовного правосудия, в связи с которым суды не должны разрешать органу, осуществляющему уголовное преследование, продолжать такую деятельность, которая имеет надлежащие основания во всех иных отношениях. Что является «несправедливым и неправомерным» поведением для суда, подлежит определению на основании индивидуальных обстоятельств каждого отдельного дела. Концепция справедливого судебного разбирательства предусматривает справедливость уголовного преследования, а также справедливость в отношении общественности и ответчика.

Суды, к которым обращаются с требованием осуществить их соответствующее право на приостановление, как правило, в первую очередь рассматривают иные процессуальные меры, такие как, исключение определенного доказательства, или указания присяжным, которые могут помешать «справедливости судебного разбирательства», и позволить продолжить уголовное преследование.

Ведущим делом относительно применения процессуального злоупотребления является дело «Беннет против Хорсфелли» (*Bennett v Horseferry*), рассматриваемое в суде магистрата. Данное дело подтверждает, что процессуальное злоупотребление, обосновывающее приостановление уголовного преследования, может возникнуть при следующих обстоятельствах:

- i. в случаях, когда представляется невозможным обеспечить обвиняемому справедливое судебное разбирательство; или
- ii. В случаях, когда это приравнивается к ненадлежащему использованию/манипуляции процессом, поскольку просьба рассмотреть обстоятельства определенного дела обвинителя нарушает смысл справедливости и благопристойности суда.

В деле Р. против уголовного суда присяжных Дерби по заявлению Брукс (*R v Derby crown court ex parte Brooks*) юрисдикция процессуального злоупотребления определена следующим образом: «Полномочие приостановить уголовное производство возникает лишь в том случае, когда имеется злоупотребление в использовании судопроизводства. Злоупотребление в использовании судопроизводства возможно, если (а) органы уголовного преследования манипулируют или используют ненадлежащим образом судопроизводство таким образом, чтобы лишить ответчика защиты, предусмотренной законом, либо получить несправедливую выгоду с технической точки зрения, либо (б) существует вероятность, что защитнику был или будет нанесен ущерб в ходе подготовки или осуществления ее защиты в результате задержки со стороны органов уголовного преследования».

Такие принципы разработаны в прецедентном праве судами Соединенного Королевства. Аспекты, затронутые вопросами злоупотребления в ходе судопроизводства, включают манипуляцию в отношении сроков содержания под стражей, ненадлежащий мотив для начала уголовного преследования, разное отношение к соответчикам, селективное уголовное преследование, манипулирование свидетелем, незаконно полученные доказательства, совершение уголовных правонарушений или незаконных действия со стороны следователей, провокация или отдельное уголовное преследование различными органами уголовного преследования. Детальный обзор ключевых примеров злоупотребления в ходе судопроизводства, а также прецедентное право, представлены в Приложении № 1.

d) Дисциплинарная ответственность прокуроров/ магистратов

В странах Совета Европы, принятие кодекса поведения судей и прокуроров сопровождается принятием мер административной ответственности для того, чтобы обеспечить исполнение правил, установленных кодексом поведения, а также сохранить доверие граждан.

Усиление таких дисциплинарных мер часто сопровождается крупным скандалом, получающим широкую огласку со стороны СМИ, например, дело Дютру (*Dutroux*) в Бельгии, и дело Утро

(Outreau) во Франции. Следует отметить, тем не менее, что все нарушения кодексом этики, могут повлечь за собой применение дисциплинарной ответственности.

Положения о дисциплинарной ответственности также применяются как к судьям, так и прокурорам, поскольку в некоторых странах они относятся к одной и той же категории магистратов, и попадают под надзор дисциплинарного совета, такого, как, например, Высший судебный совет в Италии и Франции, который состоит из старших судей и прокуроров, а также непрофессиональных участников или юристов.

В некоторых странах, таких как Сербия⁶⁰, и «Бывшая югославская республика Македония»⁶¹ имеются отдельные дисциплинарные комиссии для судей и прокуроров. В Бельгии органы, уполномоченные применять дисциплинарные санкции, как правило, зависят от статуса судьи и степени наказания (иерархически старшие для мелких наказаний, а министр юстиции имеет полномочия в отношении крупных наказаний первой степени, в то время как король применяет санкции для крупных наказаний второй степени)⁶². В Германии дисциплинарные санкции накладывает генеральный адвокат, а в Финляндии такие полномочия принадлежат Министру юстиции или омбудсмену⁶³. Недавно, в некоторых странах, таких как Нидерланды и Испания⁶⁴, приняли возможность возбуждать производство в отношении дисциплинарных нарушений на основании ходатайства лиц, затронутых указанной мерой или действием. В Финляндии данная возможность доступна даже лицам, которые не были непосредственно затронуты мерой, несмотря на то, что уполномоченный дисциплинарный комитет выполняет функции в качестве контролера.

Принятие дисциплинарных мер также координируется совместно с уголовными санкциями для того, чтобы избежать нарушения принципа *non bis in idem* (никто не должен дважды нести наказание за одно преступление) или применить установленные дисциплинарные санкции как только будет вынесен приговор по уголовному делу. Например, в Финляндии определенные нарушения, совершенные магистратом при осуществлении им своих должностных полномочий, сопровождаются обязательной дополнительной санкцией, например, отзывом. Речь идет о коррупции или злоупотреблении должностным положением. Также следует отметить, однако, что в Финляндии должностные лица, которые совершают такие нарушения, могут быть сняты с должности на основании административного решения, а в случае совершения того же самого нарушения магистратом, требуется принятие судебного решения. В 2005 г. группа экспертов, созданная Министром юстиции, предложила внести изменение в действующее законодательство, посредством которого судья может быть снят с должности даже в том случае, когда его обвинительный приговор предусматривает наложение *amende* (*штрафа*). Такое предложение основано на значимости, присущей доверию судебной системе, которая требует, чтобы судья не занимал свою должность, даже в случае, если он совершил несерьезные правонарушения.

В Нидерландах полномочия магистрата могут быть приостановлены, если он находится под стражей до суда или был приговорен за совершение преступления до того, как решение вступит в силу, тогда как, если он признан виновным на основании окончательного решения суда, то судья будет уволен.

Франция

Несмотря на то, что кодекс этики отсутствует, высокий судебный совет в 2009 г. издал руководство об этике, в котором подробно описываются личные, функциональные и институциональные ценности, которые указаны с помощью особых обязательств: например, требования цельности и беспристрастности предусматривают запрет на использование должности

⁶⁰ Закон Сербии № 116/08 от 27 декабря 2008 г. *О Прокуратуре, Судьях и Высоком судебном совете*

⁶¹ Закон № 60/2006 *О Судебном совете Республики Македония*, принятый в 2006 г.

⁶² Судебный кодекс, статья 398-427

⁶³ Федеральный закон от 9 июля 2001 г. "О федеральных служащих", Федеральный закон от 8 сентября 1961 г. "О магистратах", Основной закон Федеральной Республики Германия от 23 мая 1949 г..

⁶⁴ Журнал *Ley Organica del Poder Judicial* 2014, с пояснительным отчетом [*Ley Organica del Poder Judicial* 2014]

магистрата для получения личной выгоды, эффективное осуществление своих должностных обязанностей, а также отказ от фаворитизма⁶⁵.

В 1958 г. закон о правах, обязанностях и карьере членов судебной системы⁶⁶ напрямую не указывал нарушения принципов, поскольку из должностной обязанности ясно следовало, что ненадлежащее поведение в частном порядке рассматривалось в качестве нарушения дисциплины.

В результате конституционной реформы 2008 г.⁶⁷ производство по дисциплинарным нарушениям может быть возбуждено не только по инициативе министра юстиции и главного прокурора, но также и на основании жалобы затронутого лица на нарушение условий закона, которое рассматривается в качестве дисциплинарного нарушения. Генеральная инспекция судебных служб проводит проверку по предполагаемым нарушениям.

Будучи лицом, в отношении которого осуществляется судебное разбирательство, прокурор освобождается от производства, а жалобы должны подаваться в течение одного года с даты принятия окончательного решения. Слушания по делам о дисциплинарных нарушениях являются открытыми. Такие гарантии были приняты в 2010 г. для повышения прозрачности системы для применения дисциплинарных санкций, которые также сопровождаются периодической публикацией высоким советом магистратов полного текста решений по делам о дисциплинарных нарушениях и мнений (однако, имена затронутых магистратов не указываются).

Французское законодательство предусматривает длинный список дисциплинарных санкций, которые кратко могут быть описаны как нематериальные санкции, например, выговор, порицание или наставление, финансовые санкции, такие как штрафы или уменьшение размера вознаграждения, а также серьезные санкции, например, перевод, приостановление должностных обязанностей, делегирование и увольнение.

Испания

Закон «О судебной системе», принятый в 1985 г., предусматривает ясную и точную систему применения дисциплинарных санкций в отношении магистратов⁶⁸. Дисциплинарная ответственность является наиболее частой формой судебной ответственности. Закон предусматривает три категории дисциплинарных правонарушений: крайне серьезные правонарушения, серьезные правонарушения и мелкие правонарушения; умышленные неправомерные действия, затрагивающие конституционные права и обязанности, несоблюдение иерархии, либо необоснованное или безосновательное несоблюдение установленных сроков. Дисциплинарная ответственность является наиболее частой формой судебной ответственности. Мелкие правонарушения предусматривают санкции в виде предупреждения или штрафа, серьезные правонарушения предусматривают применение штрафа в размере до 6 000 евро, в то время, как крайне серьезные правонарушения влекут за собой отстранение от судебной должности или увольнение из судебной системы.

Виды правонарушений, которые являются основаниями для наложения дисциплинарной ответственности, подробно регулируются. Например, крайне серьезные правонарушения, которые влекут за собой отстранение от судебной должности или увольнение, включают препятствие каким бы ни было образом в осуществление судебной функции, постоянное провоцирование серьезных конфликтов с местными органами власти на основаниях, которые не имеют отношения к осуществлению ими своих должностных обязательств, невыполнение должностной обязанности относительно воздержания от осуществления судебных функций в делах, в отношении которых законом предусмотрена возможность отвода, небрежность или необоснованность, постоянная

⁶⁵ *Руководство об этике [Recueil des obligations déontologiques des magistrats]*

⁶⁶ *Ордонанс № 58-1270 от 22 декабря 1958 г. [Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958]*

⁶⁷ Конституционный закон № 2008-274 от 23 июля 2008 г., *О модернизации институтов V Республики [Loi constitutionnelle n°2008-274 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République]*

⁶⁸ Основной Закон о Судебной Власти (ОЗСВ) № 6/1985 от 1 июля, с учетом изменений Основного Закона о Судебной Власти (ОЗСВ), вступивших в силу в июле 2014 года [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)]

задержка в возбуждении производства, начале уголовного преследования и осуществлении уголовного преследования, либо при осуществлении иных профессиональных должностных обязанностей, предоставление ложной информации при предъявлении требований о предоставлении разрешений, одобрений, заявлений о конфликте интересов, экономические взносы, раскрытие информации, полученной при осуществлении должностных обязанностей в случаях, когда такое раскрытие препятствует или наносит вред судопроизводству или любое отдельное, непростительное невежество при осуществлении своих профессиональных обязанностей, абсолютное или неясное обоснование своих решений при условии, что такое необоснование установлено на основании решения суда, вступившего в законную силу, совершение серьезного правонарушения, которому предшествовали две другие санкции за серьезные дисциплинарные правонарушения, отсутствие обоснованности решений, которые требуют такого обоснования, при условии, что такое необоснование установлено на основании решения суда.

Различные органы власти на основании степени тяжести вправе применять дисциплинарные санкции, так, например, только пленарное заседания генерального судебного совета вправе принимать решение об отстранении от должности или увольнении прокурора по предложению дисциплинарной комиссии. Однако, такие слушания не являются публичными.

Иногда, факты могут рассматриваться в качестве уголовных деяний и дисциплинарных деяний: умышленная задержка в отправлении правосудия или судебная несправедливость. В данных делах оба процесса могут начаться сразу же, однако, производство в отношении дисциплинарного правонарушения будет приостановлено до тех пор, пока не будет вынесено решение по уголовному судопроизводству. Если судья признан виновным по уголовному судопроизводству, то дисциплинарные санкции не применяются. Следует отметить, что в соответствии с новым законодательством о судебной системе (*Ley Organica del Poder Judicial*) уголовная ответственность судей возникает в отношении какого-либо преступления, совершенного при осуществлении должностных обязанностей магистрата.

Италия

Законодательный декрет № 109/2006 предусматривает подробный список основных должностных обязанностей, выполняемых магистратами при осуществлении ими своих судебных функций. Они являются основными принципами и этическими ценностями для лиц, осуществляющих судебные функции, и устанавливают полномочия, которые широко признаны среди ученых-правоведов и прецедентным правом. Ссылки, таким образом, сделаны на обязательство по соблюдению беспристрастности, благопристойности, внимательности, обязательности, конфиденциальности, баланса и уважения достоинства личности, в качестве основных принципов, подлежащих соблюдению при осуществлении ими своих судебных функций.

«Правила, регулирующие нарушения дисциплины магистратами, соответствующие санкции, а также порядок их применения» разделяют нарушение дисциплины на две категории: с одной стороны, дела о нарушениях, совершенных при осуществлении судебных функций, и, с другой стороны, дела о нарушениях, совершенных не в суде⁶⁹.

⁶⁹ Обзор международного опыта показывает, что дисциплинарные санкции могут применяться за нарушения в выполнении их функций и за нарушения, совершенные во внесудебном порядке. Первые могут включать в себя действия, которые нанесли несправедливый вред или предоставили несправедливую выгоду одной из сторон, поведение, которое является несправедливым в обычной или в существенной степени, нарушения закона в результате игнорирования или небрежности, а также неправильное представление фактов, причиненных непростительной небрежностью. Последние могут включать использование прав прокурора или следователя для получения несправедливой выгоды для самого себя или других, встречи с людьми, в отношении которых ведется расследование или которые имеют более раннюю судимость, либо известны в качестве заядлых или профессиональных преступников, намеренно сотрудничающих с вышеуказанными лицами, участие в ассоциациях, членство в которых явно не соответствует осуществлению публичных функций, либо участие в деятельности физических лиц, работающих в экономическом или финансовом секторе, которое может обусловить осуществление ими своих функций или в любом случае ставит под угрозу репутацию прокурора или следователя.

Декрет устанавливает нарушения дисциплины, в результате которых совершается правонарушение, которое устанавливает своего рода автоматическую взаимосвязь между фактами, лежащими в основе обвинительного приговора за умышленное правонарушение, и производством по делу о дисциплинарном правонарушении. Данное автоматическое действие не применяется к неумышленным правонарушениям, в отношении которых применяется наказание в виде тюремного заключения, за исключением случаев, если они являются явно серьезными ввиду обстоятельств, используемых для совершения действия и его последствия.

Второй раздел законодательного декрета предусматривает различные виды санкций, которые применяются к отдельным указанным выше нарушениям дисциплины. Закон, в действительности, устанавливает критерий *tale crimen talis poena*, в качестве последствия классификации нарушений.

Различные виды санкций: а) предупреждение, которое представляет собой формальную просьбу к магистрату выполнять свои должностные обязательства; b) цензура, представляет собой формальное заявление о неодобрении; c) утрата старшинства, которая не может быть менее двух месяцев и более двух лет; d) временная неспособность занимать исполнительную или полуполнительную должность, которая не может длиться менее шести месяцев и более двух лет; e) приостановление функций, при этом вместе с приостановлением выплаты заработной платы, и отстранение магистрата от судебной системы; а также f) отстранение от должности с прекращением трудового найма.

Также существует дополнительная санкция в виде принудительного перевода, которую дисциплинарный судья вправе применить, при наложении санкции более строгой, чем предупреждение. Такая дополнительная санкция всегда применяется при указанных особых делах, установленных в законе.

Принудительный перевод также может быть назначен в виде предупредительной или временной меры, когда существует обстоятельство доказательство нарушения дисциплины и основания для определенной срочности.

Наконец, декрет предусматривает обязательное приостановление осуществление функций магистрата, который был подвергнут досудебному содержанию под стражей или иным мерам пресечения. Приостановление является факультативной мерой в случае продолжения уголовного судопроизводства, или производства по делу о дисциплинарном правонарушении за грубые нарушения, которые несовместимы с продолжением осуществления функций.

е) Гражданская ответственность магистратов

В соответствии со статьей 5(2) Европейской хартии «О статусе судей», принятой в 1998 г. «компенсация вреда, умышленно причиненного в результате решения или действия судьи при осуществлении им/ей своих полномочий, гарантируется государством. Закон может предусматривать, что государство имеет возможность подавать, в установленных пределах, заявки на возмещение со стороны судей путем судебного разбирательства по делам о грубом и непростительном нарушении правил, регулирующих выполнение судебных должностных обязанностей».

Государственная ответственность за ущерб, причиненный магистратам при осуществлении судебной функции, применяется практически во всех государствах-членах Совета Европы. Даже в случаях, когда у государства имеется возможность подать иск на возмещение против магистрата, условия таких исков имеют довольно ограничительный характер и применяются редко. Примечательным исключением является **Бельгия**, в которой жертва отказа в правосудии или грубой судебной ошибки может выбрать, подать иск в отношении государства или самого судьи⁷⁰. Такие случаи ограничиваются делами со злым умыслом (умышленное уголовное преследование) или мошенничеством в ходе расследования, либо случаями, когда магистрат привлекается к уголовной ответственности за нарушения при осуществлении им своих должностных

⁷⁰ Судебный кодекс, статья 1140

обязанностей.

Вид ошибки, которая обычно влечет за собой государственную ответственность в государствах-членах ЕС, ограничивается грубой ошибкой, например, непростительным нарушением правовых положений или небрежностью в оценке фактов, например, ложным утверждением о наличии факта. В Италии, например, умышленная грубая ошибка, допущенная во время осуществления должностных обязанностей, либо отказ в правосудии являются обязательными, в то время, как Закон о судьях Сербии говорит о незаконной и ненадлежащей работе (статья 6).

Толкование фактов, оценка закона и доказательств не может повлечь за собой привлечение судьи к ответственности, за исключением случаев умышленных нарушений или нарушений особой тяжести. Во Франции аналогичный подход применяется для дел, в которых осуществление судебной функции нанесло нехарактерный и исключительный вред потерпевшему⁷¹.

Франция

Согласно Кодексу об организации судебной системы [*Code de l'organisation judiciaire*]⁷² государство несет ответственность за нарушение судебных полномочий исключительно в случае *faute grave* (грубое нарушение /грубая ошибка) или в отказе в правосудии. Такие правила четко ограничивают случаи, когда государство может быть привлечено к ответственности за ненадлежащее функционирование своей судебной функции. С другой стороны, прецедентное право судов в разумной степени смягчило применение данного правила. Например, правовая практика сузила концепцию грубой ошибки до тех ошибок, которые являются настолько грубыми, что магистрат, как правило, имеющий представление о своих обязанностях, не мог бы совершить ее, или до дел с грубым и непростительным несоблюдением основных должностных обязанностей судьи при осуществлении своих функций. Грубая ошибка определена как несоответствие должности, которая характеризуется наступлением обстоятельства или ряда обстоятельств, демонстрирующих неспособность магистрата выполнять свою функцию.

Посредством данного толкования гражданская ответственность рассматривается в качестве наступившей в любой момент времени, когда присутствует ненадлежащее функционирование судебной системы, вне зависимости от психологических элементов в отношении участвующих магистратов. Отказ в отправлении правосудия определен в качестве задержки в осуществлении функций.

Закон от 5 марта 2007 г. ввел особое положение, связывающее гражданскую ответственность магистрата с дисциплинарной ответственностью: при любых обстоятельствах, когда государству присуждается уплата компенсации за ущерб, возникший на основании гражданской ответственности магистрата, процедура применения дисциплинарных санкций может быть инициирована, если имеются основания считать, что нарушение допущено по вине магистрата

Италия

Закон утверждает принцип права на компенсацию любого несправедливого ущерба в результате действия, решения или судебного приказа, осуществленного магистратом с «намерением» или «серьезной небрежностью» при осуществлении своих функций, либо в результате «отказа в отправлении правосудия» (Статья 2). Закон, тем не менее, уточняет, что деятельность по толкованию закона и оценке фактов и доказательств (пункт 2 статьи 2) не может являться основанием для такой ответственности. В этом отношении, в любом таком деле, сама процедура защищает стороны, т.е. посредством обращения к системе обжалования приказа, который считается ненадлежащим.

⁷¹ Гражданская, уголовная и дисциплинарная ответственность магистратов, Жюли Жоли-Юрар, международный обзор по сравнительному правоведению, 2006, т. 58(2), стр. 439-475 [*La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, revue internationale de droit comparé*]

⁷² Кодекс об организации судебной системы [*Code de l'organisation judiciaire*], доступно на: www.legifrance.gouv.fr

Следует отметить, что в ноябре 2011 г. Европейский суд правосудия в деле C-397/10 (Комиссия против Италии) установил, что национальные положения, препятствующие компенсации за ущерб, в случаях когда суд нарушил право ЕС, либо оценил факты или доказательства, за исключением случаев умышленной ошибки или халатности, являлись необоснованно жесткими. Суд также установил, что если государство-участник может быть привлечено к ответственности за ущерб, причиненный судами только в исключительных случаях, когда суд явно нарушил применимое право, национальное законодательство не может устанавливать дополнительные требования. Толкование концепции серьезного ненадлежащего действия, предоставленное Итальянским Верховным судом, вводит более строгие требования, чем те, которые основаны на условии явного нарушения применимого права⁷³.

В случае нарушений, допущенных магистратами, потерпевшие, как правило, могут подать иск против государства или конкретного магистрата, или против них обоих. Как правило, государство также может, если к нему применяется гражданская ответственность, подавать иск против магистрата, допустившего нарушение, для того, чтобы взыскать компенсацию ущерба, уплаченную в пользу потерпевшего в результате отказа в отправлении правосудия или грубых ошибок, однако, такие случаи встречаются довольно редко, поскольку они, как правило, требуют умышленного совершения грубого нарушения со стороны магистрата⁷⁴.

В Италии ответственность за компенсацию ущерба лежит на государстве, в отношении которого пострадавшая сторона вправе подать иск. В случае установления ответственности государства, государство вправе, при соблюдении особых условий, в свою очередь, требовать компенсации от судьи/прокурора.

Иск о наложении ответственности и соответствующее разбирательство должны соответствовать особым нормам. Наиболее важные из этих правил предусматривают разбирательства по вопросу наложения ответственности, при условии соблюдения следующих требований: подача всех обычных апелляционных жалоб, включая любые иные средства правовой защиты в связи с изменением или отменой меры, которая предположительно стала основанием несправедливого ущерба; существование сроков давности для подачи такого иска; решение относительно приемлемости иска, в целях проверки соответствующих предварительных требований; соблюдение условий; оценка доказательств в целях установления, являются ли обвинения обоснованными; а также полномочие судьи участвовать в производстве против государства.

Для гарантии прозрачности и беспристрастия разбирательств система предусматривает юрисдикцию в отношении таких разбирательств, подлежащих передаче в другой судебный орган, в целях обеспечения того, чтобы производство не было поручено судье того же самого судебного органа, что и судебный орган магистрата, деятельность которого предположительно стала основанием для несправедливого ущерба.

В этом отношении в соответствии с законом № 420 от 2 декабря 1998 г., нормы, регулирующие юрисдикцию в отношении таких разбирательств, радикально изменены. В дополнение к обеспечению прозрачности, целью данных изменений было обеспечить максимальную автономию судьи в отношении принятия решения, в случаях, когда он привлечен для принятия решений по делу, в принятии которых участвуют другие коллеги в силу каких бы то ни было причин. Существенные изменения внесены в правила гражданского судопроизводства путем создания

⁷³ В судебной практике отмечено, что государство-член ЕС обязано устранить ущерб, причиненный физическим лицам в результате нарушения права ЕС государственными органами, при условии соблюдения трех условий: а) нарушенные нормы права ЕС должны предоставлять права физическим лицам, (b) нарушение должно быть достаточно серьезным, а также (c) должна иметься непосредственная причинно-следственная связь между нарушением обязательства со стороны государства и ущербом, понесенным физическим лицом. Достаточно серьезное нарушение нормы права ЕС возникает в случаях, когда национальный суд явно нарушил применимое право. Национальное право может определять характер и степень нарушения, в результате которого наступает ответственность государств, но ни при каких обстоятельствах не могут быть применены более строгие требования.

⁷⁴ Тот же самый подход применяется в Германии, Италии и Нидерландах. Иск о возмещении против судьи в Италии также ограничивается случаями преднамеренно умышленных нарушений. В целом, случаи привлечения магистратов к ответственности за нарушения являются действительно исключениями.

механизма назначения компетентного судьи, чтобы предотвратить риск «взаимосвязанных» («перекрестных») юрисдикций.

Испания

В результате вступления в силу нового закона о судебных полномочиях в июле 2014 г. (*Ley Organica del Poder Judicial –LOPJ*), непосредственная гражданская ответственность судей была исключена. Такие изменения рассматриваются в соответствии с похожими положениями, затрагивающими государственных должностных лиц, а также соответствуют реалиям судебной практики, при которой такие положения едва применялись. Однако, иски о привлечении к гражданской ответственности за ущерб могут быть поданы в отношении государства исключительно за ненадлежащее отправление правосудия и судебные ошибки (*por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*). Единственным случаем, когда государство не будет привлечено к ответственности за такие нарушения, являются обстоятельства непреодолимой силы.

В случае судебных ошибок, государственная ответственность возникает исключительно в случае явно ошибочного судебного решения, включая решения прокуроров, участвующих в судебных разбирательствах.

Ущерб возмещается только если действительно понесен, экономически оценен и индивидуализирован в отношении лица или группы лиц. Тот факт, что решение объявлено ничтожным и недействительным/отмененным не влечет сам по себе право на компенсацию ущерба.

С другой стороны возможно, что государство подаст иск о возмещении против судей, в случаях *dolo* или *culpa grave*. Также возможно, на данном основании, применить дисциплинарные санкции к магистратам.

В соответствии с новым законом о судебной системе (*Ley Organica del Poder Judicial*) компенсация ущерба также присуждается в случаях досудебного содержания под стражей в результате уголовного приговора. В соответствии с новыми положениями, не обязательно предварительно устанавливать наличие судебной ошибки для того, чтобы присудить возмещение ущерба, поскольку право на компенсацию возникает автоматически. Такие изменения приняты в целях соблюдения права обвиняемых лиц на презумпцию невиновности в результате установления нарушения ЕСПЧ⁷⁵.

3.1.4 Заключение

В хорошо урегулированной системе использование полномочий государственными должностными лицами, осуществляющими уголовное расследование и уголовное преследование, должно быть надлежащим образом ограничено и подлежать правовым проверкам.

Хотя в последние годы российские суды существенно усилили контроль над следственными действиями, злоупотребления в ходе уголовного расследования и уголовного преследования остаются серьезным вопросом. В России так называемые «казачьи дела», вероятно, являются наиболее яркими примерами уголовно-правового злоупотребления. Данный термин применялся как к уголовным делам, «казачьим» третьими лицами в целях саботажа бизнеса конкурентов, а также к уголовным делам, инициированным правоохранительными органами в целях грабежа или иных ненадлежащих целях⁷⁶. Часто коррупционные коммерческие мотивы совпадают в отношении этих двух дел, но тактика остается той же самой, и данные мотивы поднимают общие правовые вопросы⁷⁷. Уголовное преследование за грабеж расширено в целях затронуть законные

⁷⁵ См., например, постановление по делу *Тендам против Испании (Tendam v Spain)*, жалоба № 25720/05

⁷⁶ Скобликов, *Коррупция в современной России*, 33-34 (2009)

⁷⁷ Томас Файрстоун, *Вооруженное правосудие: злоупотребление законом и общая ситуация с преступностью в пост-советской России* Thomas Firestone, [Armed Injustice: abuse of the law and complex crime in post-soviet Russia], Denv. J.Int'l L & Pol'y Vol 38:4

коммерческие предприятия, что достигается с помощью креативного использования лазеек в законе или его двусмысленности в целях создать угрозу уголовного преследования, которая бы отсутствовала при иных обстоятельствах. В других случаях, нарушения, совершенные в рамках законных уголовных расследований, могут найти простое объяснение в «лазейках» в действующем законодательстве и судебной практике. Они, тем не менее, создают непропорциональное вмешательство в способность компании осуществлять свою коммерческую деятельность⁷⁸ или в ее права самостоятельно пользоваться имуществом.

Анализ лучшей международной и европейской практики показывает наличие множества механизмов, принятых для обеспечения того, чтобы необходимость эффективного уголовного преследования при совершении преступлений не затрагивало охрану прав защиты. Общей тенденцией среди европейских стран является усиление судебного контроля над стадией расследования посредством создания специализированных судей, которые несут обязательства по контролю над следственным действием с правом принимать решение относительно принятия таких мер, как досудебное содержание под стражей, прослушивание, а также сбор некоторых доказательств

Во Франции расследования ведутся полицией под надзором со стороны *прокурора (procureur)* или *следственного судьи (juge d'instruction)*, при этом функцией суда является не только вынесение решения на основании доказательств, представленных сторонами, но также и проведение своего собственного следствия по делу, чтобы убедиться в виновности или невиновности обвиняемого.

Несмотря на то, что судебное разбирательство представляет собой важное (и публично контролируемое) слушание дела, исторически, больше внимания уделялось именно досудебному этапу. Расследование рассматривается как контролируемое судом следствие в отношении правонарушения и соответствующих ему доказательств, а не сбор доказательств для того, чтобы подтвердить уголовное преследование обвиняемого.

Любые вопросы относительно лишения свободы лица в ходе расследования разрешаются специализированным судом: *juge des libertés et de la détention (судьей по вопросам свободы и задержания)*.

В Италии судья предварительного расследования и судья предварительного слушания являются специализированными судьями, соответственно принимающими решения в отношении какой-либо меры, затрагивающей права и свободы физического лица, в отношении которого ведется расследование, а также относительно того, имеется ли достаточное доказательство для предания частного лица суду.

В Германии допрос под присягой в ходе расследования может быть осуществлен только судьей, а не следователями или прокурорами.

В Нидерландах и Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии суды, будучи *extrema ratio*, уполномочены прекратить уголовное преследование в случаях, когда ввиду серьезности нарушений становится невозможным обеспечить справедливое судебное разбирательство в отношении обвиняемого, или когда разрешение продолжить уголовное преследование равняется ненадлежащему использованию судебной системы. Приостановление уголовного преследования в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии отвечает базовому принципу, что хотя прокуратура принимает решение о том, должно ли быть продолжено или начато (или прекращено) уголовное преследование, суды имеют доминирующую обязанность оказывать содействие отправлению правосудия и предотвратить несправедливость. Суды разработали в этом отношении очень подробное прецедентное право, которое регулирует такие вопросы, как ненадлежащий мотив для начала уголовного преследования, разное

⁷⁸ Статья 34 Конституции Российской Федерации гласит, что "Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности".

отношение к соответчикам, селективное уголовное преследование, манипулирование свидетелем, провоцирование.

Помимо усиленного судебного контроля над стадией расследования охрана прав защиты обеспечивается подробным режимом признания в ходе расследования ничтожности действий, которые играют существенную роль в предупреждении и контроле нарушения прав защиты, и - в некоторых случаях - приводят к окончанию расследования (Франция и Италия).

Наконец, подробный режим применения дисциплинарных санкций, а также гражданской и уголовной ответственности судей и прокуроров введен во всех государствах - членах ЕС. Примечательным аспектом регулирования дисциплинарных санкций является введение очень подробного режима определения оснований, обосновывающих их принятие. Такая специфика, объединенная с автоматизмом их применения, считается необходимой для того, чтобы обеспечить не только, чтобы дисциплинарные санкции эффективно урегулировали и сдерживали нарушения прав защиты со стороны органов расследования и прокуроров в отношении определенного дела, а также выполняли обязательства по соблюдению беспристрастности, благопристойности, внимательности, обязательности, конфиденциальности, баланса и уважение достоинства личности.

3.2 Обыск, арест имущества, установление, замораживание, управление и конфискация доходов, полученных от преступной деятельности;

Изъятие имущества является необходимым инструментом для обеспечения сбора доказательств в уголовном расследовании, конфискации доходов от преступной деятельности и удовлетворения гражданских требований, которые могут возникнуть в ходе уголовного судопроизводства. Однако данная мера может быть ненадлежащим образом использована с помощью ряда основных способов, например:

- Произвольные изъятия при отсутствии оснований или присутствии размытых оснований;
- Изъятие такого имущества, которое является явно непропорциональным, ненадлежащим и не связанным с законными потребностями для сбора доказательств или возмещения доходов от преступления;
- Изъятие без учета утраты репутации или иного ущерба, нанесенного данным действием в отношении законных показателей предприятия (например, беспорядочное изъятие оригиналов документов);
- Несохранение целостности изъятого имущества или иное ненадлежащее обращение (включая коррупционную прибыль от изъятого имущества);
- Необоснованно долгий арест имущества.

3.2.1 Российская Федерация

Права и законные интересы физических лиц и организаций, которые стали жертвами преступления, могут быть защищены исключительно в случае наличия реальной и полной компенсации вреда. Таким образом, эффективность законных рамок для создания условий, которые обеспечат надлежащее исполнение судебных решений, является особенно важным элементом.

Наложение ареста на имущество (статьи 115-116 Уголовно-процессуального кодекса) является превентивной и обеспечительной мерой, которая ограничивает имущественные права (или иные права собственности), чтобы предотвратить сокрытие или отчуждение имущества в целях обеспечения исполнения приговора в части, касающейся требований в отношении активов. Арест имущества обуславливается фактической возможностью изъять имущество и обосновать допущение о возможном сокрытии или отчуждении имущества.

Наложение ареста на имущество существенно ограничивает конституционные права физического лица. Арест разрешается исключительно при соблюдении одного или нескольких особых условий:

- Имущественный и моральный ущерб, причиненный преступлением, установлен, гражданский иск находится на рассмотрении.
- Существует возможность конфискации имущества как часть наказания, т.е. лицо, имущество которого изъято, должно обоснованно подозреваться или обвиняться в совершении умышленного преступления из корыстных побуждений, за которое предусмотрено наказание свыше 5 лет лишения свободы;
- Сумма понесенных судебных затрат, которая может быть взыскана с обвиняемого, установлена.

Арест имущества возможен как на досудебной, так и на судебной стадии. Однако, порядок применения такой меры различается, в зависимости от стадии уголовного судопроизводства.

В ходе судебного разбирательства судья в соответствии со статьей 230 Уголовно-процессуального кодекса, по ходатайству потерпевшего, гражданского истца или их представителей, либо прокурора вправе вынести постановление о принятии мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, либо возможной конфискации имущества. Все участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения имеют право инициировать принятие мер для подачи гражданского иска.

В ходе досудебной стадии исключительно сотрудники, участвующие в предварительном расследовании, вправе инициировать принятие мер, подлежащих утверждению судом в целях обеспечения реализации уголовного иска. Уголовно-процессуальный кодекс не предоставляет потерпевшему и гражданскому истцу, а также их представителям право самостоятельно обращаться в суд с ходатайством наложить арест на имущество подозреваемого или обвиняемого. В соответствии со статьей 115 Уголовно-процессуального кодекса следователь с согласия начальника следственного органа, либо дознавателя с согласия прокурора направляет в суд ходатайство об изъятии имущества подозреваемого, обвиняемого или лиц, которые несут имущественную ответственность за свои действия.

Наложение ареста на имущество запрещает собственнику или владельцу распоряжаться им, а также, при необходимости, использовать его. Имущество изымается и передается на хранение собственнику или владельцу, либо иному лицу, которое должно быть уведомлено об ответственности за сохранность имущества. Несмотря на такое предупреждение, нарушения часто возникают в случаях, когда, например, лицо, у которого находится изъятое имущество, получает прибыль.

Врезка 3. Пример злоупотребления при аресте имущества

«В ходе уголовного расследования возбужденного следователем, следователь может наложить арест на товар в качестве вещественного доказательства. Изъятые товары должны храниться на специальных государственных складах. В случае скоропортящихся товаров или товаров, которые могут быстро устареть, они могут быть проданы. Такие положения создают ненадлежащие стимулы для правоохранительных органов. В середине 2000 г. почти каждая фирма на рынке электротехники Москвы столкнулась с ситуацией, когда правоохранительные органы предлагали выкупить изъятые товары. Иногда сотрудники правоохранительных органов продают конфискованные товары аффилированной компании за 10% от их рыночной стоимости. «Евросеть», розничный продавец мобильных телефонов, активы которой оцениваются в 2,5 миллиарда долларов, стала одной из таких компаний. Компания «Моторола» также была затронута в данном случае.

Производитель отгружал мобильные телефоны для компании «Евросеть», которые были конфискованы в марте 2006 г. в качестве контрабандного товара, и позднее на специальной пресс-конференции объявлены «не предназначенными для использования в России», и, наконец, даже «опасными для здоровья». Офис компании «Моторола» в США попытался оспорить заявление о том, что их телефоны являлись ненадлежащими. Высшее руководство компании «Моторола» обратилось к Джорджу В. Бушу с просьбой обсудить данную проблему с В. Путиным. После саммита «Большой восьмерки», проходившей в России 117 500

телефонов были возвращены компании «Евросеть». Хотя должностные лица сообщили, что 50 000 телефонов из 167 500 конфискованных в целом были разрушены, впоследствии приблизительно 30 000 сломанных телефонов были проданы на сером рынке. Одним из последствий данного скандала было снятие с должности и перевод на другую должность генерального прокурора Владимира Устинова, а также увольнение Александра Жерихова, главы Федеральной таможенной службы России. Компания «Евросеть» подала иск в связи с злоупотреблением должностным положением. Два должностных лица были наказаны, одно из них было приговорено к 1 году тюремному заключению, а другое обязали уплатить штраф в размере 2 000 долларов США. После этого «силовики» начали стараться отомстить как компании «Моторола», так и «Евросети». Они конфисковали всю деловую документацию обоих предприятий. Наконец, кампания превратилась в личное преследование собственника компании «Евросеть» Е. Чичваркина, который продал свой бизнес и искал политического убежища в Лондоне в 2008 г. В апреле 2010 г. мать Чичваркина была найдена мертвой в своей квартире. Как и некоторые средства массовой информации, г-н Чичваркин подозревает, что она была убита, чтобы принудить его вернуться в Россию. Он был оправдан в январе 2011 г., но отказался возвращаться в Россию.⁷⁹

Арест может быть наложен также на имущество, обнаруженное у иных лиц, если существуют разумные основания полагать, что оно получено в результате осуществления уголовной деятельности подозреваемым или обвиняемым, либо используется или предназначено для использования в качестве инструмента совершения преступления, либо финансирования террористической деятельности, организованной группы, незаконно вооруженной группы, преступного сообщества (преступной организации).

Решением Высшего арбитражного суда Российской Федерации № ВАС 11479 N/11 от 31 октября 2011 г. по делу № А41-40197/09 может служить примером наложения ареста на имущество. Основаниями для возбуждения уголовного дела являлся факт мошенничества, направленный на приобретение недвижимого имущества истца в ходе экономической деятельности последнего.

В соответствии с Постановлением Президиума Высшего арбитражного суда № 8609/08 от 25 ноября 2008 г. суд вправе не рассматривать спор, предусматривающий защиту права собственности, если ограничения этого права явились следствием принятия меры пресечения, наложенной судом общей юрисдикции в ходе уголовного разбирательства в соответствии с ч. 2 статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса, поскольку арест оспариваемого имущества обусловлен требованиями уголовного судопроизводства.

В соответствии с пунктом 7 статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса арест денежных средств или иных ценностей, находящихся на счете, вкладе или на хранении в банках или иных кредитных организациях, влечет за собой запрет на проведение операций по данному счету полностью или частично в пределах денежных средств, на которые наложен арест.

3.2.2 Международные критерии и надлежащие практики: установление, замораживание, управление и конфискация доходов, полученных от преступной деятельности

Получение финансовой прибыли является одной из основных целей при совершении тяжких преступлений, а следовательно возмещение активов, которые являются доходами от преступления, является ключевой стратегией борьбы с преступностью как на международном уровне, так и в рамках национальной системы всех государств- участников ЕС.

⁷⁹ Назруллаева Е., Баранов А., Яковлев А. (2013), *Уголовное преследование бизнеса в российских регионах: Частные интересы против «палочной» системы*, (редакция 2.1.), стр. 9 Nazrullaevay, E., Baranovz, A., Yakovlev, A. (2013) *Criminal Persecution of Business in Russia's Regions: Private Interests vs. "Stick" System* (draft version 2.1), p. 9

ООН приняла Конвенцию против коррупции и особое значение придает конфискации дохода от преступления. ЮНОДК издал типовые положения об отмытии денежных средств, финансировании терроризма, превентивных мерах и доходах от преступлений. Рекомендации изданы Группой разработки финансовых мер борьбы с отмытием денег (ФАТФ) в отношении замороженных активов и конфискации доходов, полученных от преступной деятельности в рамках борьбы с отмытием денег (лучшие международные практики и рекомендации ФАТФ 4 и 38 о конфискации). Группа стран большой восьмерки издала принципы лучшей практики по отслеживанию, замораживанию и конфискации активов, а также лучшие практики для управления изъятыми активами. Совет Европы принял две конвенции: Конвенцию СЕ об отмытии, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности от 1990 г. 141, а также Конвенцию ЕС об отмытии, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности и финансировании терроризма 198, г. Варшава, 16 мая 2005 г. Другие международные организации включили положение о замораживании и конфискации доходов от преступной деятельности в рамках конвенции и соглашений (например, соглашение ОЕСР по борьбе против коррупции иностранных публичных должностных лиц при заключении международных коммерческих сделок).

ЕС принял политику уголовного права, в основе которой лежит конфискации доходов от преступной деятельности, с тем намерением, что с помощью «следующих денежных средств» и лишения преступников доходов от преступной деятельности преступления будут сдерживаться более эффективным образом, чем просто с помощью применения таких мер, как лишение свободы.

«Стратегия тысячелетия» против организованной преступности включает рекомендацию 17(b), в соответствии с которой государства-члены должны рассмотреть возможность создания подразделений, предназначенных для отслеживания, изъятия и конфискации активов, а также обеспечить, чтобы такие подразделения имели достаточное количество персонала, технические и операционные ресурсы для борьбы с отмытием денег. В рамках решения 2003/577/JAI (об исполнении приказов о замораживании имущества или доказательств) Комиссия постаралась достигнуть более сильного взаимодействия государств-членов посредством принципа взаимного признания приказов о предварительном аресте.

Все эти международные документы стремятся сбалансировать необходимость эффективной борьбы с преступностью с охраной прав физических лиц на свободу от вмешательства в их личную жизнь, а также право на презумпцию невиновности, на беспрепятственное пользование своим имуществом, эффективные средства правовой защиты в суде, а также право на справедливое судебное разбирательство.

Важность финансового расследования

Проведение финансового расследования стало важной частью любого уголовного расследования, направленного на определение доходов от преступной деятельности. Проведение таких расследований не только обеспечит эффективное установление и отслеживание доходов от преступной деятельности, но также предупредит непропорциональные изъятия активов. Традиционно доходы, возникшие в результате конкретного уголовного правонарушения, в отношении которого ведется расследование, являются единственным имуществом, которое может быть заморожено (руководство по финансовым расследованиям CARPO)/

Операционные вопросы ФАТФ - Руководство по финансовому расследованию подчеркивает, что одной из самых больших проблем в ходе расследований по возмещению активов является предоставление доказательств, которые связывают активы с уголовной деятельностью (например, имущественная конфискация), или доказательство того, что активы являются прибылью, полученной в результате правонарушения, допущенного умышленно (например, конфискация, ориентируемая на стоимость). Для установления данной связи следователи должны установить и отследить активы для установления связи с правонарушением или местонахождением активов.

Обучающее руководство ЕС CARPO по финансовым расследованиям и конфискации доходов от преступной деятельности (разработка надежных и функциональных полицейских систем, а также продвижение борьбы с основными видами преступной деятельности и полицейского взаимодействия), устанавливает, что хорошо разработанное финансовое расследование является предварительным условием для успешной процедуры конфискации.

Для обеспечения окончательной конфискации необходимо иметь эффективные положения о расследовании для установления, отслеживания и замораживания имущества, которое подлежит конфискации для предупреждения заключения сделок с таким имуществом, его передачи и распоряжения им, а также облегчить его конфискацию впоследствии.

Финансовое расследование, направленное на установление доходов от преступлений, должно проводиться параллельно с более широким уголовным расследованием.

Целью финансового расследования является:

- сбор доказательств о вменяемом уголовном правонарушении как часть уголовного расследования;
- определение вида и размера доходов от преступной деятельности;
- определение имущества, которое может быть конфискован;
- определение условий для замораживания активов.

Финансовое расследование, как правило, требует специального обучения или/и создания финансового подразделения для расследования. Существование специализированных должностных лиц обеспечивает преодоление некоторых типичных проблем обычного порядка расследования: установление достаточной связи между преступлением и определенными активами, чтобы избежать незаконных и непропорциональных приказов, правильное установление личности бенефициарных владельцев активов, подлежащих изъятию (например, посредством создания базы данных с информацией о собственниках некоторых активов), а также осуществление комплексного анализа в сроки проведения расследования.

Во Франции, например, статья 704 УПК вводит эксклюзивную юрисдикцию некоторых районных судов и следственных органов, специализирующихся на уголовном преследовании и расследовании по экономическим и финансовым вопросам, но также и сложным делам, которые требуют применения особого опыта: восемь межрегиональных специализированных судов (JIRS), расположенных в г. Париже, Лионе, Марселе, Лилле, Ренне, Бордо, Нанси и Фор-де-Франсе, которые несут ответственность за проведение расследования, уголовное преследование, предварительное следствие и решение по большинству комплексных дел, а также имеют доступ к инновационным методам расследований, таким как несанкционированное проникновение, прослушивание, а также использование совместных команд по расследованию с участием некоторых стран. Следственные судьи, работающие в таких судах, проходят специальное обучение, а также должны иметь не менее 4 лет профессионального опыта. Судьям также оказывают поддержку специализированные помощники по техническим вопросам. Они привлекаются из частного (эксперты в области бухгалтерии и т.д.) и государственного сектора (налоговые инспекторы, сотрудники таможни, должностные лица из Банка Франции и т.д.) В 2013 г. Национальная ассамблея приняла закон, учреждающий специализированную службу финансового прокурора с юрисдикцией на национальном уровне по делам о коррупции и крупных налоговых правонарушениях⁸⁰.

Поскольку преступники полагаются на консультации финансовых экспертов, чтобы повысить сложность экономических преступлений и легче скрыть свою преступную деятельность, для правоохранительных органов крайне важно поддерживать аналогичных экспертов, знания и

⁸⁰ Закон № 2013/1117 от 6 декабря 2013 г. о борьбе с уклонением от уплаты налогов и крупными экономическими и финансовыми преступлениями. "Журнал Оффисель" № 0284 от 7 декабря 2013 г., страница 19941 *Law 2013/1117, [Loi 2013/1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière]* JORF n°0284, 7 December 2013, доступно на: www.legifrance.gouv.fr

предыдущий опыт которых может стать ключевым оружием в борьбе с преступлением. Специализированные подразделения по финансовым расследованиям созданы практически во всех европейских странах.

Использование обязательных мер для получения доказательств: охрана основополагающих прав в рамках обыска, изъятия и иных следственных мер.

Оперативное руководство ФАТФ устанавливает, что: «Принудительные меры для получения доказательств, включая использование ордеров на проведение обыска и иных документов, должны применяться для сбора доказательств осуществления преступной деятельности, которые не могут быть получены каким-либо иным путем».

Применение данных полномочий должно быть надлежащим образом спланировано и осуществлено на законных основаниях в соответствии с существующими политиками и процедурами. При рассмотрении доказательств, включая документацию по порядку передачи и хранения вещественных доказательств, следователи должны придерживаться установленных политик и процедур. Если такие политики и процедуры не установлены, то государства должны ввести их.

Соблюдение таких политик и процедур защищает целостность доказательств, поскольку они предоставляются в ходе судебных разбирательств. Попытка получить доступ к данным или транспортировка или хранение электронных доказательств не обученным следственным персоналом без использования необходимого оборудования может привести к неумышленному взлому и/или постоянной утрате значимых доказательств. При любых обстоятельствах оригиналы цифровых доказательств должны храниться в надлежащих контейнерах для доказательств и быть оформлены в письменной форме, анализ данных доказательств должен проводиться компьютерным судебным специалистом.

Прецедентное право ЕСПЧ по делам об обысках

Европейская Конвенция о защите прав человека предусматривает защиту компаний от обысков и изъятия в статьях 3, 8 13, а также в статье 1 Протокола № 1.

Суд определил, что государства-члены вправе рассматривать необходимость прибегать к таким мерам, как обыск жилых помещений и изъятия в целях получения вещественных доказательств. Установлено, что такие меры, как правило, нарушают права человека в соответствии с пунктом 1 статьи 8. Следовательно, обоснования для таких мер должны быть соответствующими и достаточными, а не непропорциональными преследуемой цели. Кроме того, Суд должен быть удовлетворен, что соответствующее законодательство и практика предоставляют физическим лицам надлежащую и эффективную защиты от злоупотребления. Прецедентное право, таким образом, сконцентрировано на требованиях «законности» обысков, а также их проведении в соответствии с надлежащими процессуальными средствами защиты от произвола и злоупотребления.

Хотя статья 8 изначально направлена на защиту физических лиц в местах их проживания, дальнейшие разработки позволили распространить защиту и на коммерческие помещения. Суд подтверждает, что при определенных обстоятельствах права, гарантированные статьей 8 Европейской Конвенции о правах человека, могут толковаться с включением права на уважение головного офиса компании, филиала компании или ее местонахождения.

В деле «*Коля Эст против Франции*» (*Colas Est v France*), с участием компаний по строительству дорог, в отношении которых был наложен штраф за незаконную практику в результате административного следствия, Суд установил, что следователи проникли в помещения заявителей без ордера, что приравнивается посягательству на «дом». Соответствующее законодательство и практика не предусматривают надлежащие или достаточные гарантии против злоупотребления. Суд считает, что в соответствующее время, соответствующий орган имел широкие полномочия,

что он начал действовать без ордера магистрата, а также в отсутствие старшего сотрудника полиции.

Суд определил, что государства-члены вправе рассматривать необходимость прибегать к таким мерам, как обыск жилых помещений и изъятия в целях получения физических доказательств. Установлено, что такие меры, как правило, нарушают права человека в соответствии с пунктом 1 статьи 8. Следовательно, обоснования для таких мер должны быть соответствующими и достаточными, а не непропорциональными преследуемой цели. Кроме того, Суд должен быть удовлетворен, что соответствующее законодательство и практика предоставляют физическим лицам надлежащую и эффективную защиту от злоупотребления. Прецедентное право, таким образом, сконцентрировано на требованиях «законности» обысков, а также их проведении в соответствии с надлежащими процессуальными средствами защиты от произвола и злоупотребления.

В последнем деле «*Колесниченко против России*» (*Kolesnichenko v. Russia*) Суд выделил несколько факторов, подлежащих рассмотрению при выдаче ордера на обыск:

- Серьезность правонарушения;
- Правовая и фактическая база для ордера (например, выдан ли он судьей или должностным лицом суда, имеется ли обоснованное подозрение);
- Объем обыска;
- Возможность последующего судебного рассмотрения;
- Возможные последствия работы и репутация затронутых лиц.

В данном деле Суд установил нарушение статьи 8, поскольку обыск был основан на разумном подозрении, не был обоснован соответствующими и достаточными основаниями, а также не составлен с достаточным уточнением, таким образом, имеет место предоставление должностным лицам необоснованно широких полномочий.

Другое дело «*Ван Россем против Бельгии*» (*Van Rossem v Belgium*) касалось расследования и изъятия документов из офисов юридического лица и несоставления органами списка изъятых документов. ЕСПЧ установил, что ордер на обыск должен сопровождаться определенными ограничениями в отношении права на уважение жилища лица. Ордер, таким образом, содержал минимальное количество показаний, так что впоследствии была возможность проверить, выполнил ли сотрудник полиции, который исполнял его, объем расследования, в отношении которого он выдан. В настоящем деле ордер на обыск должен был содержать ту же самую информацию, что и информация, включенная в заявку прокурора на проведение расследования. Тот факт, что следователям должно было быть известно, что они должны были искать, не может рассматриваться в качестве определяющего аргумента.

По мнению суда, определяющим элементом является, имело ли лицо или лица, помещения которых подверглись обыску, либо третье лицо, достаточно информации о разбирательстве, чтобы позволить им установить, предупредить или оспорить какое-либо злоупотребление.

Прочие примеры

Дела, в которых Суд признал государства виновными в совершении нарушений в ходе расследований, включают следующее:

- при проведении расследований органы имели слишком широкие полномочия для оценки целесообразности, количества, продолжительности и объема расследований. Соответствующее законодательство и практика не предусматривают надлежащие или достаточные гарантии против злоупотребления. Дело «*Миай против Франции*» (*Miaille v France*), дело «*Функе против Франции*» (*Funke v France*);
- Ордер на обыск, разрешающий национальным органам обыск для поиска документов и объектов, имеющих значение для расследования, не содержит указаний на то, какие предметы и документы должны быть найдены в офисе заявителя, а также каким образом они связаны с расследованием (дело «*Ван Россем против Бельгии*» (*Van Rossem v Belgium*));

- Ордера на обыск составлены на условиях, которые носили слишком общий характер, а также обыск касался профессиональной тайны некоторых материалов, которые были исследованы (дело «Смирнов против России» (*Smirnov v Russia*), дело «Камензинд против Швейцарии» (*Kamenzind v Switzerland*));
- Ордер на обыск не обеспечивал защиту профессиональной тайны и оставлял неограниченное усмотрение полиции при определении того, какие документы «имели значение» для расследования (дело «Алексянн против России» (*Aleksanyan v Russia*));
- Ордер на обыск не содержал какого-либо иного приказа относительно проводимого расследования;
- Ордер на обыск не был основан на разумном подозрении заявителя;
- Ордер на обыск не преследует законной цели предупредить преступление и защиту прав и свобод других;
- В отсутствие каких-либо требований судебного ордера ограничения и условия, предусмотренные законом, являются слишком неопределенными и полными лазеек, что делает вмешательство в право заявителя непропорциональным законной преследуемой цели (дело «Функе против Франции» (*Funke v France*));
- Органы власти не учли тот факт, что публичность обыска предприятия заявителя может негативно сказаться на его работе, личной репутации, а также репутации компании, которой он владел и которой управлял (дело «Бак против Германии» (*Buck v Germany*));
- Органы власти не провели расследование по требованию заявителя о том, что обыски, которые проводились полицией, являлись незаконными и являлись одной из форм запугивания после критики Властей;
- Власти не предоставили никакой подробной информации о причинах обыска, не имели никаких записей относительно их законности, а также не указали процессуальную значимость таких действий;
- Необходимость провести обыск для обнаружения коммерческих документов в доме заявителя не была обоснована (дело «Бак против Германии» (*Buck v Germany*));
- Количество участвующих сотрудников полиции, их членство в особых оперативных подразделениях, а также камуфляж и вооружение в виде автоматов не оставило заявителю иного выбора, кроме как впустить их в помещение. Это признано непропорциональным и включающим риск злоупотребления в использовании полномочий, а также нарушением в отношении человеческого достоинства (дело «Гуцановы против Болгарии» (*Gutsanovi v Bulgaria*));
- Изъято непропорциональное количество документов (дело «Миай против Франции» (*Miaihle v France*));
- Органы власти не отреагировали своевременно и надлежащим образом, а также не провели расследований нарушений прав заявителя (дело «Новоселецкий против Украины» (*Novoseletskiy v Ukraine*));
- Обыск проведен без ордера на обыск, хотя расследование инициировано за несколько месяцев до этого.

Суд установил нарушение статьи 3 в результате жестокого обращения, а также непроведения властями надлежащего расследования в отношении утверждений о таком обращении (дело «Козинец против Украины» (*Kozinets v Ukraine*)). Нарушение статьи 13 (право на эффективные средства защиты) установлено в случае, когда национальные суды не рассмотрели жалобы относительно удержания документов и иного имущества, изъятого в ходе обыска (дело «Смирнов против России» (*Smirnov v Russia*)).

Нарушения в связи с обыском также включают дела, в которых документы и материалы изымались на чрезмерно долгий срок, нарушая тем самым беспрепятственное пользование заявителем своим имуществом (Протокол № 1), затрудняя его профессиональную деятельность, а также создавая препятствия для отправления правосудия (дело «Смирнов против России» (*Smirnov v Russia*)). Большинство нарушений Конвенции в связи с обысками и изъятиями, однако, связаны со статьей 8.

Прочие нарушения прав заявителей установлены судом в связи с принятием обязательных мер для получения доказательств в ходе административных расследований (дело «Функе против Франции» (Funke v France), а также «Саундерс против Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (Saunders v. UK)).

С учетом негативных последствий, которые незаконные обыски и изъятия могут повлечь за собой в отношении прав защиты заявителя, страны, такие как Франция, ввели режим признания ничтожности для приказов на проведение обыска, которые приняты в нарушение требований, изложенных в Уголовно-процессуальном кодексе: ордер на обыск должен выдаваться для определенных обысков и составляться в письменной форме, с указанием квалификации правонарушения, в отношении которого осуществляется поиск доказательств, а также адреса помещений для посещения, обыски и изъятия могут осуществляться, они должны быть обоснованы основаниями, с указаниями фактических обстоятельств и закона, которые указывают на необходимость таких действий. Данные действия проводятся под надзором судьи, который предоставил разрешение на их проведение и который также вправе посетить место проведения данных действий в целях обеспечения соблюдения законных требований.

В качестве дополнительной гарантии обыски, за исключением чрезвычайных обстоятельств, должны быть разрешены судьей, специализирующимся в рассмотрении решений, принятых на стадии расследования: судьей, выносившим решения в отношении освобождения или заключения под стражу (706-89 УПК).

Охрана коммерческих тайн и конфиденциальной информации в ходе обыска

Раскрытие информации на стадии расследования может нанести серьезный вред не только самому расследованию, но также и физическим и юридическим лицам, которые подвергаются обыску. Охрана конфиденциальной информации в ходе обыска и расследования, как правило, регулируется положениями, которые обеспечивают конфиденциальность расследования, а также дисциплинарными и уголовными положениями, направленными на раскрытие конфиденциальной информации и коммерческих тайн. Прочие положения вытекают из применения законодательства о защите данных и охране коммерческих тайн.

В деле «Кракси 2 против Италии» (Craxi 2 v Italy) Европейский Суд установил, что право заявителя на частную жизнь было нарушено в результате опубликования в прессе беседы, которая проводилась в ходе уголовного расследования в его отношении. Суд отметил, что беседа, опубликованная в прессе, носила исключительно частный характер и имела небольшую связь или не была связана вовсе с уголовными обвинениями, выдвинутым против заявителя.

Суд пришел к выводу, что раскрытие беседы в прессе не являлось непосредственным последствием какого-либо действия со стороны прокурора, но, вполне вероятно, являлось результатом ненадлежащего функционирования секретариата, либо того факта, что пресса получила информацию от одной из сторон разбирательств, либо от их юристов. Суд признал, что государство несло бремя по предоставлению правдоподобного объяснения относительно того, как сведения были получены прессой, а также того, что они сделали, чтобы предупредить это. Также проводилось расследование обстоятельств, при которых журналисты получили доступ к записи. Власти не выполнили своего обязательства по охране права г-на Кракси на уважение его частной жизни.

В некоторых странах положения о коммерческих тайнах (технической или коммерческой информации, связанной с предприятием, которая не является общеизвестной или легкодоступной, которая имеет экономическую ценность и раскрытие которой конкурентам может нанести вред интересам собственника) могут вести к установлению уголовной ответственности не только за действия конкурентов или бывших работников, которые раскрыли такую информацию, но также и за действия должностных лиц. При данных обстоятельствах тот факт, что тайна была раскрыта в ходе осуществления официальных должностных обязанностей, часто рассматривается в качестве отягчающего обстоятельства.

В Австрии любое лицо, которое раскрывает или использует коммерческую или служебную информацию, наказывается шестью месяцами тюремного заключения (до одного года, если действие совершено с целью получения денежной выгоды или нанесения вреда собственнику) или денежными санкциями, в то время как коммерческий или служебный шпионаж для использования каким-либо иным лицом наказывается двумя годами тюремного заключения или денежными санкциями⁸¹. Для того, чтобы быть привлеченным к ответственности за нарушение коммерческой тайны правонарушитель должен действовать по меньшей мере с условным намерением, в то время, как в Бельгии и во Франции такое поведение может быть наказано, даже если правонарушитель действовал по небрежности⁸².

В Германии любое лицо, которое осуществляет незаконное приобретение коммерческих или служебных тайн, охраняет или использует их, может быть наказано тремя годами лишения свободы, если такое лицо действовало умышленно, в частности, в целях конкуренции, личной выгоды, выгоды третьего лица или причинения ущерба собственнику тайны. Аналогично, в Португалии любое лицо, которое использует или раскрывает третьим лицам тайны, которые правонарушитель знает в силу своего статуса, работы или профессии, наказывается тюремным заключением сроком до одного года или денежным штрафом⁸³.

Квалифицированные нарушения также могут быть введены в некоторых странах, когда раскрытие или использование коммерческой информации осуществляется лицом, действующим в определенной должности, например, государственное должностное лицо или гражданский служащий.

Меры предосторожности могут быть установлены судьями, и специальные процедуры могут быть введены для получения доступа и изъятия документов, содержащих конфиденциальную информацию, а также указаны в качестве цели обыска.

Критерии для принятия ордеров о замораживании и изъятии средств: обоснованное подозрение, риск утраты и пропорциональность

Как правило, условия для выдачи ордера для замораживания являются следующими:

- вероятность (стандартное доказательство, которое представляет собой нечто большее, чем простое подозрение) наличия преступления и доходов от преступной деятельности (сумма);
- опасность распоряжения или сокрытия, либо уничтожения обвиняемым доходов от преступной деятельности ;

В соответствии с руководством CARPO предложение о принятии меры по замораживанию средств должны включать в себя результаты финансового расследования:

- результаты и доказательства в отношении уголовного правонарушения и обвиняемого;
- результаты о типе и сумме преступных доходов;
- результаты относительно имущества, которое может быть изъято или предложения относительно того, какое имущество может быть изъято и лица, которому оно принадлежит;
- основания для законных условий выдачи ордера (стандарт доказательства, опасность распоряжения)

В соответствии с руководством ЮНОДК о конфискации:

При рассмотрении вопроса относительно ордера о сохранении или изъятии, суд будет осознавать требования того, что преступление совершено, что получен доход или что существует связь между

⁸¹ *Исследование по коммерческой тайне и конфиденциальной коммерческой информации на внутреннем рынке*, апрель 2013, Подготовлено Европейской Комиссией European Commission (April 2013) *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, доступно на: <http://ec.europa.eu>

⁸² Там же.

⁸³ Там же.

активом и преступной деятельностью или образом жизни лица. Материалы, предоставленные для обоснования заявления на выдачу ордера, должны удовлетворять стандарту доказательств для промежуточного ордера (пункт 190).

Поскольку ордер на сохранение или изъятие является промежуточной мерой в том смысле, что уголовное или гражданское судебное рассмотрение еще не начато, требуемый стандарт доказательств может быть менее строгим, чем бремя доказывания в ходе фактического судебного разбирательства. Кроме того, может существовать законное предварительное условие того, что уголовное производство начато или начинается в ближайшее время.

В деле «Аркури против Италии» (Arcuri v Italy) Европейский Суд установил, что замораживание преступных активов требует «достаточного обстоятельного доказательства для того, чтобы доказать, что соответствующее имущество представляет собой доходы от незаконной деятельности или их последующего инвестирования».

В Италии принятие ордеров на замораживание активов компаний обуславливается наличием серьезного подозрения об участии компании в преступлении, а также существованием конкретного риска, что преступления, аналогичные тем, в отношении которых ведется расследование, будут совершены.

В расследованиях относительно отмыwania денег Комитет экспертов MONEYVAL и ФАТФ ввели концепцию «подозрительные действия», которая позволяет государственным органам заморозить и конфисковать активы, вне зависимости от существования лежащих в их основе правонарушений до тех пор, пока подозреваемое правонарушение/действие осуществляется.

Подозрительные сделки определены как сделки, которые рассматриваются организациями и физическими лицами, указанными режимом по борьбе с отмыwанием денег, как особенно предрасположенные, по своей природе или своему необычному характеру к деятельности клиента, в связи с обстоятельствами, которые их окружают, либо репутации участвующих в них лиц, к связи с отмыwанием денег или финансированием терроризма.

В Андорре критерии, которые считаются достаточными для рассмотрения определенной операции в качестве подозрительной и гарантирующей ордер на замораживание активов, устанавливаются на основании технических сообщений подразделения по финансовому расследованию, целью которого является установление сделок и физических лиц, попадающих под риск, а также стран с высоким риском отмыwания денег. Среди таких критериев факт того, что соответствующее физическое лицо физически не находится в стране для установления личности, считается соответствующим фактором риска, а также *relations de correspondant bancaire avec des entites etrangeres*.

Следует отметить, что в соответствии с последней редакцией директивы ЕС об отмыwании денег (четвертая директива, опубликованная 5-го февраля 2013 г.), приказы о замораживании денежных средств должны быть пропорциональными риску, который оценивается каждой страной. Директива вводит критерий пропорциональности в борьбе с отмыwанием денег.

Принцип соблюдения пропорциональности также требует, чтобы суд, выдающий ордер на замораживание активов, указал длительность применения такой меры.

В деле «Жуан против Бельгии» (Jouan v Belguim) органы уголовного преследования инициировали судебное расследование в отношении заявителя по подозрению в отмыwании денег и приказали наложить предварительный арест на его банковский счет. Заявитель жаловался в соответствии со статьей 6.1 (право на справедливое разбирательство) Конвенции, что его банковский счет в Бельгии был заблокирован в течение необоснованного периода времени, и что у него отсутствовал доступ к материалам дела.

Суд признал, что трехлетний срок, в течение которого банковский счет заявителя оставался заблокированным, превышал «разумный срок» и, следовательно, единогласно постановил, что имелось нарушение статьи 6 Конвенции.

Типовые правовые положения ЮНОДК относительно финансирования терроризма предусматривают, что государства вправе также рассматривать сроки, при наступлении которых ордер на замораживание [изъятие] автоматически прекращается, в случаях, когда формальное производство против лица, денежные средства которого заморожены [изъятые] не было возбуждено. Такая возможность добавила бы дополнительную защиту, обеспечивающую, что лица, в отношении которых издан ордер на замораживание [изъятие], не будут вынуждены страдать от последствий чрезмерно медленного отправления правосудия.

Определение сроков, при наступлении которых срок действия ордеров на временный арест прекращается, присутствует практически во всех европейских странах. Словения внесла в свой УПК изменения, поскольку отсутствие положений о сроке замораживания активов рассматривалось как чрезмерное вмешательство в право на имущество. В Италии изъятие активов не может длиться более пяти лет.

Оценка типа и размера незаконно полученных доходов

В соответствии с пояснительным меморандумом к статье 2 Конвенции ЕС (141), выражение «имущество, ценность которого соответствует таким доходам» относится к обязательству ввести меры, которые позволят Странам подготовить ордера о ценностной конфискации, удовлетворяющие требованиям в отношении какого-либо имущества, включая имущество, которое было приобретено на законных основаниях. Конфискация ценностей, основана, конечно, на оценке ценности незаконно полученных доходов.

В обучающем руководстве CARPO отмечается, что способы установления суммы и виды доходов варьируются между государствами- участниками ЕС.

Оценка арестованных активов

Финансовое расследование позволяет провести точную оценку активов, которые могут быть арестованы, чтобы обеспечить соблюдение права на свободное распоряжение имуществом.

В соответствии с «лучшей практикой большой восьмерки в отношении замораживания и управления изъятим имуществом» изъятые имущество подлежит оценке для установления рыночной стоимости активов в соответствующий период времени, а именно на дату изъятия. Государства вправе привлекать квалифицированных третьих лиц для данной цели.

В руководстве ЮНОДК о конфискации указывается, что поскольку может существовать значительный интервал между изъятием и конфискацией, должны быть рассмотрены и реализованы дополнительные меры. Одна из таких мер заключается в том, что менеджер по управлению активами должен получить экспертное мнение относительно стоимости изъятых активов.

Управление изъятими активами.

В соответствии с «наилучшей практикой большой восьмерки по замораживанию и управлению изъятими активами», стоимость изъятых активов должна быть сохранена, должен осуществляться строгий контроль над управлением изъятими активами, ни одно лицо не может иметь полный контроль во всех отношениях изъятия или быть полностью подотчетным вышестоящему органу».

Управление изъятими активами должно осуществляться прозрачно, должно ежегодно проверяться внешними аудиторами, а результаты проверки должны быть общедоступными. Ни одно лицо, которое несет ответственность за изъятие активов не должно получать личное финансовое вознаграждение, связанное со стоимостью изъятия; изъятые имущество не должно использоваться в личных целях.

Использование изъятого имущества ответчиком или третьим лицом должно регулироваться законом. При управлении имуществом должны быть учтены интересы ответчика.

В постановлении по делу «Новоселецкий против Украины» (Novoseletskiy v Ukraine) Суд установил, что государство-ответчик нарушило конвенцию, поскольку не провело расследования в отношении исчезновения имущества, принадлежащего заявителю.

В деле «Раймондо против Италии» (Raimondo v Italy) относительно утверждений о нарушении права на имущество ввиду причинения вреда изъятому имуществу Суд установил, что степень ущерба является неизбежной при изъятии имущества, однако, реальный вопрос заключается в том, причинен ли ущерб свыше данной неизбежной степени причинения ущерба. Если это так, то в обязательном порядке будет выплачена компенсация.

В соответствии с операционным руководством ФАТФ до принятия действий по замораживанию или изъятию проводится соответствующее планирование.

В этом отношении применяются следующие меры:

- i. забота об имуществе и сохранение такого имущества, насколько это представляется возможным;
- ii. решение вопросов, связанных с правами физических лиц и третьих сторон;
- iii. распоряжение конфискованным имуществом;
- iv. ведение надлежащего учета; а также
- v. принятие ответственности за ущерб, подлежащий оплате, на основании судебного иска отдельного лица в отношении ущерба или утери собственности.
- vi. Лица, ответственные за управление (или осуществляющие контроль над управлением) имуществом, всегда могли предоставить немедленную поддержку и рекомендации правоохранительным органам в отношении ареста и конфискации имущества, включая рекомендации по решению всех практических вопросов, связанных с арестом и конфискацией имущества.
- vii. Лица, ответственные за управление имуществом, имеют достаточно опыта для управления любым видом имущества.

Надлежащая практика: Изъятие активов компании (компании под влиянием мафии и в контексте ответственности юридического лица) в Италии

В тех случаях, когда изъятие активов может также касаться активов юридического лица, закон предусматривает разные критерии в зависимости от степени контроля, которую физическое лицо, в отношении которого ведется расследование, имеет в отношении компании: если он/она владеет только некоторым количеством акций, обычно только эти акции, а не вся компания, подлежат изъятию.

Если физическое лицо, в отношении которого осуществляется расследование, является мажоритарным акционером компании, то только его акции могут быть изъяты, поскольку изъятие всей компании нарушит права третьих лиц.

В Италии законодатель специально ввел возможность подвергать целые компании изъятию активов (закон 109/1996).

Изъятие всей компании может быть осуществлено в случае, когда лицо, в отношении которого ведется расследование, является единственным участником компании с ограниченной ответственностью, или имеет эффективный полный контроль над компанией в той мере, в которой оно использует компанию, как если бы она была его собственной.

Изъятие полной компании, как правило, осуществляется в случае подставных компаний, целью которых является сокрытие активов физического лица. Считается достаточным изъять только

акции в тех случаях, когда компания эффективно осуществляет коммерческую деятельность. Также, как правило, предпочтение отдается изъятию только акций в отношении корпораций, в то время как в отношении партнерства существует возможность изъять всю компанию, если физическое лицо, в отношении которого ведется расследование, осуществляет непосредственное влияние на партнерство.

Компания считается незаконной, если ее деятельность, задача или цель противоречат императивным нормам (*norme imperative*), общественному порядку или общественной нравственности. Таким образом, компания, как правило, считается незаконной, если ее единственной целью является отмывание денег, если она производит или продает товары или услуги, производство и продажа которых не допускается по закону, или противоречит общественной нравственности. Примером незаконной компании является банк, который осуществляет деятельность, несмотря на отсутствие разрешения на осуществление банковской деятельности. Для того, чтобы быть признанной незаконной, компания должна постоянно заниматься запрещенными видами деятельности.

Итальянское законодательство также в особом порядке урегулировало изъятие активов так называемой компании-мафии. Мафиозная компания отличается от незаконной компании, поскольку несмотря на то, что формально она может быть законной и осуществлять законную деятельность, она, как правило, контролируется и/или финансируется организациями мафиозного типа, которые инвестируют свои капиталы в схемы незаконного происхождения или используют незаконную конкуренцию для того, чтобы придать ей конкурентное преимущество, например, посредством манипулирования порядком осуществления государственных закупок. Положения об изъятии активов у мафиозных компаний основаны на необходимости бороться с организованной преступностью, которая за несколько лет увеличивает объем инвестиций и постоянно инвестирует доходы от преступной деятельности в законные компании, использует такое инвестирование для обеспечения найма компаниями физических лиц, которые имеют связи с мафией, которые впоследствии контролируют и направляют предпринимательскую деятельность компании.

В соответствии с итальянским законодательством суд, который издает ордер на изъятие активов, также назначает судью, который будет контролировать и осуществлять надзор в отношении изъятия активов. Суд также назначает судебного администратора (*amministratore giudiziario*). Судебные администраторы выбираются из списка национального реестра судебных администраторов и должны специализироваться в коммерческом администрировании. Они считаются государственными должностными лицами и несут ответственность за сохранение и управление изъянными активами на протяжении всего производства по делу. Изъятие активов не может длиться менее одного года и дольше пяти лет.

Назначение администратора может быть отменено в любое время в случае его несоответствия занимаемой должности или при наличии грубых ошибок. В течение 30 дней с момента своего назначения судебный администратор должен предоставить судье, который уполномочен осуществлять надзор над управлением изъятым имуществом, отчет об активах, а также обязан зарегистрировать все меры, которые он принимает в отношении изъятого имущества, в реестре/книге.

Если отсутствует возможность обеспечить продолжение коммерческой деятельности или ее восстановления, то суд вправе, после того, как заслушает прокурора и судебного администратора, закрыть компанию и приступить к ее ликвидации. Порядок ликвидации подробно регулируется и контролируется судьей для обеспечения соблюдения прав кредиторов. В частности, работники компании получают преимущественное право перед всеми другими кредиторами.

Закон об ответственности юридических лиц 231/2001 также ввел возможность принятия предварительных мер в отношении компании за совершение определенного количества преступлений. Такие меры включают приостановление действия лицензий и разрешений, связанных с преступлением, временный запрет на заключение договоров с государственными

органами, приостановление оказания помощи, содействия или услуг со стороны государства, или запрет на рекламу товаров или услуг.

Такие меры могут быть приняты исключительно в особых обстоятельствах, таких как, если компания получила существенную выгоду от преступления, или если преступления повторяются, а судебное решение уже было принято в отношении предыдущего преступления. Такие меры могут продолжаться от трех месяцев до двух лет.

Суд, в случаях, когда деятельность может быть приостановлена при принятии мер предупреждения, может назначить судебного администратора, который сможет обеспечить продолжение деятельности, в случае, когда компания оказывает общественные услуги, или когда прекращение деятельности может негативно связаться на трудовом найме. Деятельность судебного администратора сконцентрирована на принятии мер, обеспечивающих функционирование механизмов внутреннего аудита для предотвращения нарушений, в то же время он не вправе принимать чрезвычайные меры управления.

В Испании изъятие и управление имуществом частично регулируется статьей 129 Уголовного кодекса. Закрытие или приостановление деятельности компании осуществляется исключительно в том случае, если компания непосредственно участвует в осуществлении незаконной деятельности. В редких случаях, судья вправе назначить администратора компании.

Судебные средства правовой защиты в отношении ордеров на замораживание и изъятие активов

В отношении применимости статьи 6 § 1 в ее гражданской части, Суд повторяет, что в его постоянной судебная практика статья 6 не применяется к производству, связанному с промежуточными ордерами или иными мерами пресечения до начала производства по существу, поскольку такие меры, как правило, не могут рассматриваться как определяющие гражданские права и обязательства (см., помимо прочего, «Джафреду против Франции» (Jaffredou v. France) (реш.), жалоба № 39843/98, 15 декабря 1998 г.), по делу «Кресс против Франции» (Kress v. France) (реш.), жалоба № 39594/98, 29 февраля 2000 г.; «АПИС а.с. против Словакии» (APIS a.s. v. Slovakia) (реш.), жалоба № 39754/98, 13 января 2000 г.; по делу «Стариков против Германии» (Starikow v. Germany) (реш.), жалоба № 23395/02, 10 апреля 2003 г.; по делу «Либер против Бельгии» (Libert v. Belgium) (реш.), жалоба № 44734/98, 8 июля 2004 г.).

Лишь в виде исключения Суд принял применимость статьи 6 § 1 к промежуточному решению (см. решения по делу «Маркасс Кар Хаер Лтд. против Кипра» (Markass Car Hire Ltd v. Cyprus), жалоба № 51591/99, 23 октября 2001 г.; по делу «Эр Канада» (Air Canada), указанному выше, §§ 15 и 56; по делу «Злинсат, спол. с р.о. против Болгарии» (Zlinsat, spol. s r.o., v. Bulgaria), жалоба № 57785/00, § 72, 15 июня 2006 г.).

При любых обстоятельствах у тех лиц, которые имеют законный интерес в отношении изъятого имущества, должны иметься средства для обращения в суд для изменения запретного судебного приказа или освобождения имущества, при условии осуществления надлежащего контроля, поскольку отсутствие возможности изменить ордер на замораживание активов может повлечь за собой применение статьи 13 Европейской Конвенции.

В соответствии с типовыми положениями ЮНОДК об отмывании денег:

Ордер на замораживание [изъятие] подлежит отзыву в любой момент времени [уполномоченным органом] по требованию [прокуратуры/иного уполномоченного органа], или любого иного лица, утверждающего, что такие меры затронули его/ее, когда более не имеются какие-либо основания полагать, что замороженные [изъятые] денежные средства должны использоваться или распределяться в целях совершения преступления в связи с терроризмом.

Право на пересмотр такой меры может быть реализовано «в любое время»: Пересмотр может потребоваться в целях изменения или прекращения принятия мер. Пересмотр может быть

осуществлен в случае, когда, например, лицо может предоставить новое доказательство, которое отсутствовало во время слушания, в ходе которого мера была впервые применена (статья 35 Отмена меры предупреждения).

Национальное право и политика должны ясно указывать права добросовестных третьих лиц на имущество, в отношении которого издан судебный запретный приказ.

Они также могут включать разрешение лицу, осуществляющему законную торговую или коммерческую деятельность, которая на иных основания могла бы быть подвергнута изъятию, или разрешения владельцам продолжать занимать коммерческую недвижимость (лучшие практики большой восьмерки по замораживанию и администрированию изъятых имущества).

В соответствии с Рамочным решением совета 2003/577/JHA от 22 июля 2003 об исполнении в Европейском Союзе решений о замораживании имущества или доказательств государства-члены должны обеспечить, чтобы у любой заинтересованной стороны, включая третьи стороны, имелись средства правовой защиты без приостанавливающего действия против решения о замораживании.

В соответствии с руководством Всемирного банка по восстановлению активов в случаях, когда третье лицо имеет интерес или долю в коммерческой деятельности или инвестиционном предприятии с объектом, практики будут стремиться убедиться в том, что данный интерес реализуется на добросовестных началах, а также что соответствующий интерес не принадлежит и не контролируется объектом. Если это подтверждается, то важно составить приказ таким образом, чтоб интересы третьих лиц не подлежали изъятию или ограничению. В таких случаях, запретный приказ может содержать требование о продолжении коммерческой деятельности в обычном порядке, но с применением строгих требований к предоставлению отчетности суду, а также контроля со стороны управляющего активами, таким образом, чтобы не участвующие лица могли участвовать в коммерческой деятельности и получать прибыль, но депонировании каких-либо выгод, подлежащих уплате объекту и предупреждение какого-либо участия объекта в управлении коммерческой деятельности.

Критерии конфискации: законность, пропорциональность, перераспределение бремени доказывания

Конфискация должна быть законной и предусмотрена законом, который требует наличия ясного и точного правового положения, принятого в соответствии с нормами права (постановление по делу «Аджигович против России» (*Adzhigovich v Russia*) и по делу «Сан против России» (*Sun v Russia*)).

Кроме того, прибыль, которая может быть конфискована, должна быть связана с правонарушениями, которые формируют основания для приговора ответчика. Кроме того, активы должны быть ограничены теми, которые принадлежат ответчику, хотя данный вопрос часто разрешается посредством допущений и широких понятий «собственности», для того чтобы включить активы, которые принадлежат ответчику, контролируются им или подарены ему.

Термин «выгода», как правило, имеет широкое определение, которое включает полную стоимость денежных средств и не денежных выгод, полученных ответчиком (или третьей стороной по указанию ответчика), напрямую или косвенно в результате совершения правонарушения.

Прибыль, как правило, также включает больше, чем просто вознаграждения финансового характера. Некоторые примеры включают следующее:

- Стоимость денежных средств или активов, фактически полученных в результате совершения правонарушения (например, доходы от первоначального договора, полученные путем взятки);
- Стоимость активов, полученных или реализованных (либо ответчиком, либо третьей стороной по указанию ответчика) прямо или косвенно от правонарушения (например, дополнительная работа, полученная в рамках того же самого договора); а также

- Стоимость прибыли, услуг или преимуществ, начисленных (в пользу ответчика или третьего лица по указанию ответчика) прямо или косвенно в результате совершения правонарушения (например, возможность получения будущих договоров в зависимости от опыта, полученного на основании первоначального договора, полученного через взятку).

В деле «*Гирингз против Нидерландов*» (*Geerings v Netherlands*) заявитель жалуется, что ордер на конфискацию, изданный в его отношении, нарушает его права на презумпцию невиновности в соответствии со статьей 6(2), поскольку он основан на выводах суда о том, что он получил преимущество в результате правонарушений, в отношении которых он был оправдан в ходе основного уголовного судопроизводства, инициированного в его отношении. ЕСПЧ согласился, указав, что «конфискация» в результате приговора являлась ненадлежащей мерой в отношении активов, о которых не известно, принадлежат ли они затронутому лицу.

В деле «*Юцис*» (*Jucys*) ЕСПЧ подтвердил, что, как правило, законодательство о конфискации в целом признано пропорциональным, в случае, когда оно предусматривает чрезмерное бремя для гражданина, или в случае, когда в отношении активов, имеющих высокую стоимость, издан приказ, а также существует несущественная или слабая связь с преступным действием (как правило, в связи со средствами совершения преступления), суды установили, что такая конфискация имущества является непропорциональной.

Во Франции конфискация имущества в течение долгого времени являлась наивысшей мерой наказания, которая применялась исключительно для самых серьезных преступлений. В некоторых государствах-членах право собственности на дом поставлено выше иных законов, и конфискация единственного места проживания запрещается, вне зависимости от происхождения финансовых средств, которые были использованы для его приобретения.

ЕСПЧ установил, что презумпция невиновности на стадии замораживания активов не применяется, однако применяются другие гарантии, предусмотренные в соответствии со статьей 6.

Активы, в отношении которых применяются обеспечительные меры, являются такими активами, которые необходимы для удовлетворения возможного ордера на конфискацию. Заявления на применение обеспечительных мер должны быть тщательно обработаны, чтобы соответствовать санкции или санкциям конфискации (поскольку более чем одно лицо может подлежать уголовному преследованию), которые могут действовать в отношении запрещенного или изъятого имущества.

Обеспечение того, что к соответствующим активам будут применяться обеспечительные меры, зависит от установленной системы конфискации (т.е. система, основанная на имуществе или его стоимости).

Надлежащий порядок защиты, должен быть, однако, установлен для обеспечения того, чтобы обвиняемый мог эффективным образом опровергнуть такие предположения (дело «*Фам Хоанг против Франции*» (*Pham Hoang v France* [1992])), а также доказать, что активы получены не от преступной деятельности. Некоторые ограничения также необходимы для масштаба применения расширенной конфискации; она не может, например, применяться к активам, связанным с правонарушением, в отношении которого ответчик оправдан (дело «*Гирингз против Нидерландов*» (*Geerings v Netherlands* [2007])). Вопросы также могут возникнуть в связи со статьей 7, если режим применяется с обратной силой к активам, полученным до его введения.

В деле «*Филлипс против Соединенного Королевства*» (*Phillips v UK*) ЕСПЧ повторил, что принцип, в соответствии с которым обвинение должно нести бремя доказывания, не является строгим - убедительные предположения являются приемлемыми до тех пор, пока государство действует в разумных пределах. Решающим значением для дела стал тот факт, что национальный судья имеет свободу действий в отношении применения допущений, а также что он вправе избегать применения допущений, если это может привести к серьезной несправедливости. Однако,

нарушение статьи 6 отсутствует. В целом, кажется, что соответствие законных допущений в отношении режима расширенной конфискации со статьей 6(1) и (2) подлежит оценке в каждом отдельном случае, и будет соответствовать, если применяется разумно, а также если надлежащая процессуальная защита установлена в ходе процесса.

Существует множество толкований в отношении положений о бремени доказывания. В то время как в некоторых странах бремя доказывания лежит на одной стороне, в других оно может быть также разделено (например, в Бельгии).

В некоторых странах, бремя доказывания одной стороны может применяться для некоторых преступлений (например, наркотики и организованная преступность в Италии).

В некоторых странах распределение бремени осуществляется по усмотрению суда.

В некоторых странах (таких как Чешская Республика), не только отсутствует бремя доказывания одной стороной, но, очень высокий уровень стандарта доказывания в отношении дел об изъятии активов.

Конфискация доходов от преступной деятельности в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии, как указано в Законе о доходах от преступной деятельности, может быть разделена на две категории: конфискацию доходов от «общей преступной деятельности» (так называемые «правонарушения, связанные с образом жизни, как указано далее) и «особой преступной деятельности». Такое разделение оказывает влияние на распределение бремени доказывания.

При вынесении ордера на конфискацию суд должен принять решение в отношении того, вел ли ответчик «преступный образ жизни» или нет, и если вел, то получал ли он финансовую прибыль от такого образа жизни или нет (см. подробности далее).

Согласно Закону о доходах от преступной деятельности, если суд установит, что ответчик ведет преступный образ жизни, за исключением случаев наличия высокого риска несправедливости, Суд сделает следующие четыре допущения:

1. любое имущество, переданное ответчику в любое время после соответствующего дня, когда им получен результат его общей преступной деятельности, и в кратчайшие сроки, как только он или она вступили во владение им; а также
2. любое имущество, которым владеет ответчик в любое время после даты вынесения приговора, которое было получено им или ей в результате его или ее общей преступной деятельности или в кратчайшие сроки, как только ни или она вступили во владение им;
3. любые расходы, понесенные ответчиком в любое время после соответствующего дня, из имущества, полученного им или ей в результате его или ее общей преступной деятельности, а также
4. в целях оценки любого имущества, полученного или предположительно получено ответчиком, он или она получило его без какого-либо иного интереса в его отношении.

Если принято решение, что ответчик не ведет «преступный образ жизни», Суд должен принять решение имел ли он выгоду от своей «особой преступной деятельности».. Сумма, подлежащая конфискации, основана на оценке показанной финансовой прибыли, начисленной в пользу ответчика в результате его деятельности. Стандартное доказательство, которое требуется в данном случае, является тем доказательством, которое требуется в гражданских делах («баланс вероятностей») в отличие от обычного уголовного эталона «вне разумного сомнения».

Критерии для конфискации активов, находящихся во владении третьих лиц

Отделение активов в пользу третьих лиц является общей практикой для защиты от властей. Режим конфискации является, таким образом, неполным без некоторых средств применения к третьим сторонам.

В целом, имеется два пути: Одним из них является базовая конфискация в отношении отдельного преступления (например, «ограждение» или «обвинение в отмывании денег»), в случае чего более не существует третьей стороны. Другой известен как сторонняя конфискация, которая позволяет распространять действия ордеров на конфискацию на третьих лиц.

Система для стороннего возмещения должна определять обстоятельства, при которых требование третьих лиц перевешивает общественный интерес при конфискации или возвращении преступных активов. Наиболее важным фактором здесь является добросовестность третьей стороны. Если нет, то они имеют то же самое нравственное право в отношении актива. Это может быть очевидно в случаях, когда лицо знало или подозревало о том, что активы являются доходом от преступной деятельности, но вопрос становится менее ясным в случаях, когда необходимо применить объективный критерий - то есть, случаи, когда у них не возникло подозрения в обстоятельствах, в которых у разумного человека возникли бы такие подозрения. Другим соответствующим фактором является сумма; если что-либо уплачено за активы, то это усиливает моральное требование третьей стороны в отношении лишённого имущества потерпевшего (руководство ЮНОДК о международном взаимодействии в целях конфискации доходов от преступной деятельности).

Связывая объект с активом или счетом, открытым на имя ассоциированного лица, близкого родственника или компании, полезно изучить транзакционную деятельность, сопровождающую актив, и рассмотреть ряд факторов, включая:

- сумму, уплаченную за активы (рыночная стоимость), включая случай, когда ипотечная ответственность передана вместе с правом;
- источник денежных средств, используемых для покупки актива; лицо, оплачивающее расходы и издержки, связанные с активами;
- возможности или ресурсы собственника активов на покупку или поддержание актива; а также
- лицо, которое занимается активами, владеет ими и контролирует их.

Данные вопросы могут привести к накоплению доказательств, обстоятельственных или иных, которые позволят суду сделать вывод о том, что активы, принадлежащие третьему лицу, фактически принадлежат на бенефициарной основе или контролируются объектом, а следовательно (если закон позволяет) подлежат ограничению или изъятию, или возможной конфискации (руководство Всемирного банка по восстановлению активов).

Частичные доли в отношении активов.

Объект часто владеет частичными долями в активах или акционерном капитале, коммерческом предприятии или инвестировании. Если не утверждается, что оставшиеся доли принадлежат на бенефициарной основе и контролируются объектом, то важно обеспечить, чтобы запрет являлся ограниченным в отношении доли объекта в активах (руководство ЮНОДК по международному взаимодействию в целях конфискации доходов от преступлений).

Во Франции возможны изъятия у третьих лиц, при этом такие изъятия облегчены введением в феврале 2006 г. уголовной ответственности в отношении неспособности обосновать происхождение чьих-либо активов (*non-justification de ressources*). Это является наиболее простым способом для уголовного преследования в отношении активов, переданных другому лицу. Существуют некоторые другие правовые возможности для осуществления изъятия у третьих лиц, но данное новое законодательство, используемое в настоящее время, имеет преимущественное значение перед другими подходами.

3.2.3 Заключение

Изъятие имущества является необходимым инструментом для сбора доказательств в ходе уголовных расследований. Однако, данная мера может быть ненадлежащим образом использована с помощью ряда основных способов, например:

- Дискреционное или непропорциональное изъятие;
- Несохранение целостности изъятого имущества или иное ненадлежащее отношение к нему.

Хорошо урегулированная система установления, замораживания, управления и конфискации доходов, полученных от преступной деятельности, отвечает обоим нуждам для эффективного расследования, а также необходимости охранять имущественные права тех физических лиц или юридических лиц, которые затронуты расследованием. Такое регулирование является наиболее важным в делах, когда компании затронуты или им несправедливо причинен вред посредством изъятия активов и мер конфискации.

При расследовании экономических преступлений очень важно, чтобы расследования проводились следователями и прокурорами, которые прошли специализированное обучение по вопросам экономических аспектов преступлений. Такие расследования могут сопровождаться финансовыми расследованиями, осуществляемыми специализированными подразделениями, которые могут предоставить надежное экспертное мнение по финансовым и экономическим аспектам дела. Другим важным аспектом является то, что данные дела разрешаются специализированными судами или судьями, которые прошли специализированное обучение. Например, во Франции Уголовно-процессуальный кодекс ввел эксклюзивную юрисдикцию для определенных районных судов и следственных органов, специализирующихся на проведении расследования и уголовном преследовании по экономическим и финансовым вопросам. Судьи, принимающие решение по данным вопросам, должны иметь не менее 4 лет профессионального опыта.

Меры введены для обеспечения того, чтобы обыск не привел к непропорциональному или беспорядочному изъятию документов или чтобы он не затрагивал коммерческие тайны или конфиденциальную информацию. Например, в Норвегии, в случае выдвижения возражений в отношении документов, которые могут раскрыть конфиденциальную информацию, документы скрепляются печатью и впоследствии раскрываются и изучаются в присутствии судьи и затронутого физического лица.

Международные инструменты также могут включать подробное регулирование критериев для вынесения ордеров по замораживанию и изъятию активов: для того, чтобы судья разрешил наложить арест на имущество, необходимо установить, что существует вероятность совершения преступления, что активы, подлежащие аресту, получены от преступной деятельности, а также существует возможность распоряжения или уничтожения активов.

Прокуроры, подающие ходатайство на выдачу ордера на арест, как правило, должны предоставить следующую информацию;

- результаты и доказательства в отношении уголовного правонарушения и обвиняемого;
- результаты о типе и сумме преступных доходов;
- результаты относительно имущества, которое может быть изъято или предложения относительно того, какое имущество может быть изъято и какому лицу оно принадлежит;
- основания для законных условий выдачи ордера (стандарт доказательства, опасность распоряжения)

Примечательно, что рассмотрение необходимости охранять производственную деятельность, некоторые страны ввели высокие критерии в отношении доказательств (серьезное подозрение о

совершении преступления), когда меры по замораживанию активов подлежат принятию в отношении компаний.

Подробное регулирование и механизмы также введены для того, чтобы обеспечить, что вид и сумма доходов от преступной деятельности оценены, что арестованные активы оценены в самом начале процедуры конфискации, а также что управление и распоряжение активами осуществляется прозрачным и эффективным образом, обеспечивая наличие надлежащего контроля и механизмов компенсации.

3.3 Преклюзивный эффект судебных решений в области уголовного права, уличающий заявления со стороны обвиняемых

Одним из примеров того, каким образом преклюзивный эффект судебных решений по уголовным делам может быть использован ненадлежащим образом, являются случаи, когда утверждения или приговор единственного ответчика используются для приговора ответчику в связанном (но отдельном) деле. Это может быть осуществлено посредством выбора наиболее уязвимого ответчика и получения его/ее признания вины, либо признания его/ее виновным/ой сначала иным образом, чтобы затем использовать приговор для рассмотрения дел других ответчиков. Производство в отношении других ответчиков, таким образом, не включает надлежащую оценку и перекрестное изучение доказательств в ходе состязательного процесса (в особенности, когда первый из ответчиков был приговорен в ходе упрощенного судопроизводства)⁸⁴.

3.3.1 Российская Федерация

Согласно статье 90 Уголовно-процессуального кодекса, «обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки. При этом такие приговор или решение не могут предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле».

Данное положение значительно отличается от аналогичных положений, принятых в других государствах-членах Совета Европы, тем, что несмотря на наличие в нем однозначного упоминания о невозможности предрешения приговором виновности третьих лиц, оно все равно допускает применение преклюзивных последствий решений суда по уголовным делам в отношении иных уголовных преследований за рамками применения принципа запрета на привлечение к ответственности за одно и то же деяние.

В своих постановлениях Конституционный суд определил, что преклюзивные последствия окончательных решений не могут быть абсолютными и подлежат определенным законодательно установленным ограничениям. В ряде решений (№ 5-Н от 11.05.2005 г., № 2-Н от 05.02.2007 г. и № 5-Н от 17.03.2009 г.) Суд определил, что единственным основанием для пересмотра или отмены вступившего в силу судебного решения может служить появление новых или вновь открывшихся обстоятельств, которые привели к неправильному разрешению дела.

Отсутствие необходимых защитных мер против злоупотребления преклюзивными последствиями решений суда по уголовным делам было отражено в пояснительной записке к отчету Совета Европы «Злоупотребления системой уголовного правосудия по политическим мотивам в государствах-членах Совета Европы»: «[т]акже обвинением до сих пор весьма широко используется тактика, состоящая в искусственном разделении дел в отношении различных лиц, обвиняемых в совершении одних и тех же вменяемых им деяний... Эта тактика направлена на то, чтобы обойти привилегию против самообвинения, а также защиту, предоставляемую законом общению между адвокатами и их подзащитными, и наконец, на то, чтобы создать факты или «прецеденты», которые можно «импортировать» в последующие судебные разбирательства в отношении других предполагаемых соучастников без должного участия защиты в более позднем

⁸⁴ Кречетников, А. (2013), *В басманных судах преюдиция - царица доказательств*, BBC, доступно на: www.bbc.co.uk/

разбирательстве. Как представляется, такие приемы подрывают право на справедливое разбирательство (ст. 6 ЕКПЧ).⁸⁵

Несмотря на ограничения, введенные вторым пунктом статьи 90 Уголовно-процессуального кодекса, выясняется, что права на защиту обвиняемых в разделенных уголовных процессах в значительной степени ослаблены привилегированной ценностью, назначаемой фактам, установленным в предыдущих уголовных разбирательствах.

Например, в решении №5-О12-47 от 25 июля 2007 года Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда вынесла официальное решение по уголовному делу в отношении предпринимателя, осужденного за мошенничество. Заявитель обжаловал решение, принятое судами низшей инстанции, которое основывало обвинение на ранее вступивших в законную силу приговорах в отношении обвиняемых. При отклонении апелляции Верховный суд постановил, что хотя приговоры в отношении обвиняемых были приняты в досудебном порядке, они основывались на выводах судов о том, что обвинение было обоснованным и подтверждалось доказательствами. На этом основании суд смог признать их доказывающими вину заявителя без необходимости проведения дальнейшей проверки.⁸⁶ В результате этого заявитель фактически не сумел предоставить никаких доказательств, свидетельствующих об обратном.

В другом недавно рассмотренном деле на основании досудебного соглашения с генеральным директором было установлено, что ООО «Строймонтаж» участвовало в незаконной предпринимательской деятельности в рамках статьи 171 Уголовного кодекса. Этот приговор был также использован против контрагентов компании в качестве неопровержимого доказательства того, что все договоры, заключенные с ООО «Строймонтаж», не имели юридической силы, и, таким образом, все его контрагенты получили незаконные налоговые вычеты. Арбитражные суды, в которые обратился один из контрагентов, компания ООО «Измайлово», отказались использовать данное свидетельство, основываясь на том, что «Измайлово» фактически получило услуги от ООО «Строймонтаж».⁸⁷

3.3.2 Международные критерии: ЕСПЧ

Ограничения преклюзивных последствий судебных решений

В объединенных делах «Гозюток и Брюгге» (*Gozutoc и Brugge*) (дела С 187/01 и С385/01) генеральный адвокат Европейского Суда Руиз Ярабо заявил, что судебное решение может иметь преклюзивный эффект, только если в обязательном порядке имеются три условия: те же самые факты; те же самые стороны; защита одного и того же правового принципа.

Генеральный адвокат также отрицал, что судебные решения, основанные на досудебном соглашении или на признании вины, хотя и являются допустимыми⁸⁸, могут иметь преклюзивные

⁸⁵ *Злоупотребления системой уголовного правосудия по политическим мотивам в государствах-членах Совета Европы* Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Report Doc. 11993 (07 August 2009) [*Allegations of politically-motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states*], Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Ms Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, доступно на: <http://assembly.coe.int/>

⁸⁶ «Судебная коллегия не может согласиться и с доводами о неправомерности использования судом в качестве доказательств приговоров в отношении указанных лиц, вступивших в законную силу. Данные приговоры хотя и постановлены в особом порядке, предусмотренном главой 40.1 УПК РФ, однако основаны на выводах судов о том, что обвинение, с которым согласились подсудимые, является обоснованным и подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу; содержат описание преступных деяний, обстоятельства которых в силу ст. 90 УПК РФ признаются в последующем без дополнительной проверки».

⁸⁷ *Постановление (определение) суда кассационной инстанции: Оставить решение (определение) суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции без изменения, а кассационную жалобу - без уд*, доступно на: <https://rospravosudie.com>

⁸⁸ «Свобода в принятии или отклонении данного решения является фундаментальной. Изначально могут возникнуть сомнения в существовании данной свободы, так как, фактически, обвиняемый должен принять предложение прокуратуры, если хочет избежать уголовного судопроизводства. Однако этот факт не признает недействительным его согласие, так как угроза предъявления конкретного иска не является сомнительной, если используемые средства и преследуемые цели законны.

С того момента, как обвиняемый принимает предложение прокуратуры и выполняет требуемые условия, Государство дает свой окончательный ответ в отношении противоправного действия таким образом, чтобы лицо, заключившее и принявшее соглашение, точно так же как и обвиняемый, чье дело было разрешено в не подлежащем обжалованию

последствия в отношении последующих разбирательств, касающихся одно и того же физического лица: «[э]то специальное действие по принятию решения касается только такого момента, который может быть установлен прокуратурой, иными словами, преступного деяния, но оно не может повлиять на иски, которые, подобно гражданскому иску, возникающему на основании любого уголовного правонарушения, могут быть возбуждены потерпевшим или, выражаясь более обще, пострадавшей стороной».

В деле «Клуви против Франции» (*Klouvi v France*) ЕСПЧ решал аналогичную проблему, хотя и рассматривал одни и те же факты, но с различными физическими лицами, которые участвовали в связанных между собой уголовных судебных разбирательствах. Заявительница, подавшая жалобу в отношении своего бывшего линейного руководителя, обвинив его в изнасиловании и сексуальном домогательстве, была обвинена в злонамеренном оговоре после вынесения окончательного решения об отсутствии основания для привлечения к ответственности в связи с отсутствием достаточных доказательств. Французский судья обосновал свое решение положением статьи Уголовного кодекса, согласно которой окончательное решение, заключающееся в отсутствии оснований для привлечения к ответственности, автоматически означает, что обвинения истца считается ложным. ЕСПЧ постановил, что данное положение представляло собой нарушение права заявительницы на презумпцию невиновности.

Обвинительные заявления обвиняемых и право на справедливое судебное разбирательство

В целом, презумпция невиновности подразумевает, что обвинение должно доказать виновность обвиняемого вне разумных сомнений. «ЕСПЧ признает, что бремя доказывания лежит на обвинении, и любое сомнение дает преимущество обвиняемому». Из этого также следует, что именно обвинение [...] должно предоставить достаточные доказательства для его убеждения (дело «Салабиаку против Франции» (*Salabiaku v France*), п. 28).

Презумпция невиновности также подразумевает право на рассмотрение в соответствии с данным принципом. Поэтому обязанностью всех государственных органов является воздержание от предубеждений в отношении результатов судебного процесса (Замечание общего порядка № 13 (статья 14), в Своде ООН Замечаний общего порядка, стр. 124, п. 7).

Статья 6 (2) ЕКПЧ не запрещает положения, которые переносят бремя доказывания на обвиняемого для формирования его/ее защиты, если общая обязанность установления вины возлагается на сторону обвинения. Кроме того, статья 6 (2) не обязательно запрещает презумпцию права или факта, но любое право, подразумевающее смещение бремени доказывания или которое применяет презумпцию, действующую против обвиняемого, должно быть ограничено с помощью «разумных пределов, принимающих во внимание важность того, что находится под угрозой, и обеспечивающих права на защиту» (дело «Салабиаку против Франции»).

Что касается данного конкретного дела, ЕСПЧ установил, что признание одного из соответчиков не может быть использовано как обоснование обвинительного приговора в отношении другого соответчика (дело «Владимир Романов против России» (*Vladimir Romanov v. Russia*, §§97-106)).⁸⁹

судебном приговоре, получило право ожидать отсутствия возможности обращения к прошлому, сохранения содержания соглашения в неизменном виде, а также отсутствия проблем в будущем в отношении тех же исков.

Иными словами, соглашение носит обязательный характер, и как только оно вступает в силу, представляет собой окончательное слово Государства по данному вопросу. Возможность принудительного осуществления в судебном порядке и принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела [*res judicata*] - два фактора, которые характеризуют любое решение суда, отклоняющее апелляцию».

⁸⁹ В рамках Конвенции, обвиняемые могут, при выполнении определенных условий, быть признаны в качестве свидетелей: понятие свидетель само по себе имеет в §3d статьи 6 абсолютно самостоятельное значение и применяется не только в отношении физических лиц, вызванных в суд для дачи показаний. Оно также включает: авторов заявлений, запроотоколированных на досудебном этапе и зачитанных в суде (дело *Костовский против Нидерландов* (*Kostovski v. the Netherlands*), §§38-45); приобщенные к материалам дела заявления обвиняемых (дело *Лука против Италии* (*Luca v. Italy*), §§38-45); а также лиц, обладающих особым статусом, таких как эксперты (*Боениш, Брандстеттер* (*Boenisch, Brandstetter*)).

В целом статья 6 требует, чтобы обвиняемому был дан шанс на перекрестный допрос ключевых свидетелей, выступающих против него, до того, как их заявления могут быть учтены судами при вынесении обвинительного приговора.⁹⁰ До тех пор, пока свидетель не подвергся перекрестному допросу со стороны обвиняемого, его показания не могут использоваться для обоснования вины последнего.⁹¹

Письменные показания под присягой, от которых свидетель отказался во время судебного процесса, также могут быть рассмотрены в качестве недостаточно надежных для поддержки обвинения, когда ключевой свидетель не был надлежащим образом допрошен (*Орхан Чачан (Orhan Çaçan)*, §§ 31-43).

Свидетель должен быть допрошен во время судебного процесса или ранее с участием представителя защиты, например, во время очной ставки на досудебном этапе (*Исгро (Isgrò)*, §§30-37)) или в ходе ряда предварительных взаимосвязанных разбирательств (*Климентьев (Klimentyev)*, §§124-127).⁹²

3.3.3 Государства-члены Совета Европы

Рассматривая государства-члены Совета Европы в целом, следует отметить, что уголовные судебные решения в отношении связанных уголовных разбирательств не имеют никаких преклюзивных последствий, а действие уголовного разбирательства на последующие гражданское судопроизводство обычно ограничено гражданским разбирательством о возмещении ущерба между теми же сторонами, которые выступали в уголовном судопроизводстве. Факты, установленные в ходе гражданских судебных разбирательств обычно не имеют преклюзивный эффект в отношении последующих уголовных судопроизводств в связи с использованием различного критерия доказанности: в то время как уголовное судопроизводство требует доказательств, не вызывающих разумных сомнений, судебные решения по гражданским делам обычно основываются на принципе наличия большей вероятности. Существует ряд незначительных исключений из этого правила, касающихся гражданских решений при определении семейного положения или гражданства.

Были разработаны подробные правила, касающиеся приемлемости показаний обвиняемых, которые стали предметом особой правовой дисциплины. Подобные законодательные положения влекут за собой ограничение свободной оценки судом вышеупомянутых доказательств. Данное правило обосновано тем фактом, что в отличие от свидетелей, от обвиняемых не требуется дачи показаний под присягой, они имеют право хранить молчание, и все сказанное ими может быть использовано против них, а дача ложных показаний не накладывает никакой ответственности. У обвиняемого будет стимул переложить вину на другого обвиняемого для уменьшения собственной ответственности.

Бельгия

В Бельгии преклюзивные последствия судебных решений были в значительной степени ограничены законодательством и судами. Преклюзивные последствия могут повлиять только на те

⁹⁰ Может потребоваться вызов ключевого свидетеля стороны обвинения - лица, чьи показания используются в полном объеме, или в решающей или значимой степени, для обоснования обвинения - в силу неотъемлемого права в рамках подпункта «d» пункта 3 статьи 6 (*Видаль; Доорсон (Vidal; Doorson)*).

Свидетель также может стать ключевым, если его показания смогут подтвердить или опровергнуть определенный метод защиты, выбранный заявителем, как, например, защита ссылкой на провокацию со стороны представителей правоприменяющих органов (*Раманаускас (Ramanauskas)*).

⁹¹ В деле *Д.Н. против Румынии (D.V. v Romania)* суд постановил, что нарушение прав заявителя на защиту имело место в связи с тем фактом, что признание его виновным основывалось преимущественно на показаниях потерпевшей, которые не были ему зачитаны ни на одном из этапов судебного разбирательства. Также не было предпринято никаких шагов по предоставлению ему возможности оспорить показания потерпевшей стороны и ее надежность.

⁹² Досудебный отвод свидетеля стороны обвинения стороной защиты не будет достаточным для полного обеспечения прав на защиту, если за ним не последуют соответствующие процессуальные гарантии (дело *Мельников против России (Melnikov v. Russia)*, §§70-84), или же в том случае, когда свидетели впоследствии изменят свои позиции (дело *Орхан Чачан против Турции (Orhan Çaçan v. Turkey)*; §§31-43; дело *Владимир Романов против России*, §§97-106).

факты решения, которые были изучены в рамках состязательной процедуры.⁹³ Никаких преклюзивных последствий не гарантируется в отношении приговоров, принятых в упрощенном порядке или в результате признания вины, когда доказательства не были в достаточной степени изучены.

На основании статьи 6 ЕКПЧ даже в отношении сторон, участвующих в последующем гражданском разбирательстве, которые не выступали в предшествующем уголовном судопроизводстве, допускается использование преклюзивных последствий. Преклюзивные последствия ограничиваются вопросами, которые фактически оспаривались и обсуждались в рамках состязательного слушания.⁹⁴

Италия

Судебные решения, принятые по уголовным делам, имеют преклюзивный эффект только в отношении последующих гражданских и административных дел против тех же физических лиц, участвовавших в уголовном слушании. Обвинительные приговоры не имеют преюдициального эффекта в отношении иных уголовных дел, так как виновность физического лица должна быть доказана не вызывающим разумных сомнений образом. Обвинительный приговор не будет иметь преюдициального эффекта в гражданском судопроизводстве против тех же лиц, если он был вынесен в результате досудебного соглашения. Статья 651 УПК строго ограничивает применимость преюдициального значения как относительно наступления факта, так и относительно того, являлся ли данный факт преступлением и совершил ли его подзащитный.

Согласно статье 651 УПК обвинительный приговор, вступивший в законную силу в рамках «обычного судебного процесса» (т.е. судебного процесса, где были рассмотрены доказательства), а не на основании досудебного соглашения, имеет преклюзивный эффект для гражданского и административного судопроизводства (относительно возмещения ущерба) при определении: наступил ли факт; являлся ли данный факт преступлением; и было ли оно совершено подзащитным.

Статья 238-бис Уголовно-процессуального кодекса четко предусматривает возможность принимать в качестве доказательства предыдущие судебные решения, включая приговоры. В данном положении оговорено, однако, что подобные решения подлежат свободной оценке судьей на основании его глубокой убежденности. Выявленные таким образом факты должны быть подкреплены другими доказательствами и не могут быть использованы для избежания применения особого доказательственного порядка, касающегося заявлений обвиняемых, как это регламентируется статьей 187 Уголовно-процессуального кодекса (относительно допустимости и доказательной силы показаний обвиняемых).

При вынесении ряда решений Верховный суд Италии разъяснил влияние этой статьи: в кассационном постановлении № 12595/1998 Суд признал, что факт оправдания нескольких физических лиц не имел никаких последствий с точки зрения привилегированной доказательной силы в последующем уголовном судопроизводстве против обвиняемых в одном и том же преступлении, так как ни установленные в нем факты, ни их оценка, указанная в мотивировке, не могли обязать судью, который должен сохранять свою самостоятельность и свободу при оценке доказательств.

В кассационном постановлении № 5513/1996 суд признал, что факт оправдания физического лица за преступление, в совершении которого он был обвинен, не свидетельствует автоматически о том, что обвиняющее лицо несет ответственность за клевету, так как компетентный суд должен вновь самостоятельно и свободно оценить факты. Суд подчеркнул, что Уголовно-процессуальный кодекс Италии не признает, что судебные решения по уголовным делам имеют преклюзивные

⁹³ *Авторитет законной силы, диспозитивный принцип и принцип состязательности*, 8 октября 2001 г., R.C.J.V., 2002, стр. 236-254, раздел, стр. 241 и след.

⁹⁴ Х.В. Босли, Д. Вандермерч, М. А. Бернаерт, *Уголовный процесс* H.-D. bosly, D. Vandermeersch, M.-A. Beernaert, [Procédure pénale], 5-е издание, 2008, стр. 337.

последствия в отношении последующих уголовных разбирательств, так как эти последствия ограничиваются гражданским, административным и дисциплинарным судопроизводством. Суд также признал, что для соблюдения права на состязательный судебный процесс необходимо проверить, соответствуют ли истине факты, содержащиеся в решениях (кассационное постановление № 727/1995).

Уголовно-процессуальный кодекс предусматривает средства правовой защиты как *экстремальное решение (extrema ratio)* для случаев противоречивых судебных решений. Согласно статье 630, судебное решение может быть пересмотрено не только в случае появления новых обстоятельств или обнаружения факта подделки доказательств, но также в том случае, когда *факты, на основании которых было принято решение (fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna), несовместимы с иными фактами, признанными доказанными при вынесении другого окончательного судебного решения (non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile)*. Подобная формулировка четко ограничивает категории несовместимых фактов, так как пересмотр обычно возможен, только если в одном решении констатировано наступление определенного события (преступления), тогда как в других - нет.

Уголовно-процессуальный кодекс также включает подробные правила относительно допустимости показаний обвиняемых вне зависимости от того, были ли они получены в ходе предыдущих судебных слушаний и признаны в них доказанными.

Реформа конституциональных и законодательных норм, регулирующих вопросы допустимости и оценки показаний обвиняемых против отдельных лиц, была инициирована в связи с решением ЕСПЧ по делу «Лука против Италии» (33354/96), где Италия была признана виновной в нарушении Конвенции в связи с отсутствием юридических гарантий того, что обвиняемый мог провести перекрестный допрос, на этапе расследования или во время судебного слушания, обвиняемого, который дал против него обвинительные показания.

В связи с вынесением судебных решений Европейским Судом норма, регулирующая допустимость и доказательную силу показаний обвиняемых, в настоящее время имеет следующих вид:

Признание обвиняемого виновным не может основываться на обвинительных показаниях свидетелей или обвиняемых, которые сознательно отказались от проведения перекрестного допроса обвиняемым⁹⁵

Изучение показаний свидетелей должно распространяться на их интересы в отношении обвиняемого и прочих свидетелей для оценки их надежности.⁹⁶

Сообвиняемому по тому же преступлению, как правило, запрещается выступать в качестве свидетеля против обвиняемого.⁹⁷ Из этого правила существует исключение, если: судебное решение вступило в силу против обвиняемого, затем он может быть призван в качестве свидетеля в суд против обвиняемого; или, в том случае, когда в отношении обвиняемого еще не было вынесено окончательного обвинительного приговора, его можно привлечь в качестве свидетеля только при условии, если он будет уведомлен об уголовной ответственности за дачу ложных показаний согласно статье 64.

Обвиняемый имеет право хранить молчание, и все сказанное им может быть использовано против него. Если он дает показания против иных лиц, он будет считаться свидетелем и нести уголовную ответственность за дачу ложных показаний.⁹⁸

⁹⁵ Статья 111 Конституции

⁹⁶ Статья 194 УПК

⁹⁷ Статья 197 УПК

⁹⁸ Статья 64 УПК

Сообвиняемых, привлекавшихся к судебной ответственности в предыдущих процессах, нельзя обязать давать показания по фактам, если, в уголовном судопроизводстве против них, они отвергли их или были признаны виновными.

Допрос физического лица, содержащегося под стражей в досудебный период, должен быть записан на аудио- или видеоноситель, в противном случае допрос не может быть принят в качестве доказательства.

Сообвиняемый может быть допрошен по ходатайству сторон уголовного дела и в присутствии адвоката, он также имеет право хранить молчание.⁹⁹

Также существует общий запрет на чтение и использование в суде показаний, собранных следователями на стадии предварительного следствия, если закон особо не допускает этого.¹⁰⁰ Это правило основано на принципе, согласно которому все доказательства должны быть установлены в суде.

Заявления, сделанные вне зала суда, могут быть зачитаны судом только после того, как все лица, сделавшие данные заявления, были допрошены в ходе судебного слушания.¹⁰¹

Протоколы иных уголовных судебных разбирательств могут быть использованы только против тех ответчиков, чьи адвокаты участвовали в составлении этих протоколов.¹⁰²

Заявления обвиняемых не могут быть сами по себе достаточными для вынесения обвинительного приговора в отношении физического лица, они должны быть оценены в месте подтверждающими их доказательствами. Если обвиняемый дает согласие на зачитание этих протоколов в зале суда, у него есть право провести перекрестный допрос свидетелей, чьи показания отражены в них.¹⁰³

Заявления обвиняемых могут быть использованы для обоснования судебных решений, только если существуют иные элементы, подтверждающие их надежность.

УПК также детально регулирует доказательную силу различных типов доказательств.

К доказательствам, имеющим ограниченную силу и требующим наличия других доказательств, относятся: показания обвиняемых (особенно когда они были получены на досудебном этапе), судебные решения, вступившие в законную силу.

Вступившие в законную силу судебные решения могут быть использованы только для оценки надежности свидетелей.¹⁰⁴

Испания

В Испании решения конституционного суда, касающиеся обвинительных показаний, данных обвиняемыми, в основном касаются определения того, являются ли они сами по себе достаточными для вынесения обвинительного приговора в отношении физического лица или для их подтверждения обязательно требуются другие доказательства.

Конституционный суд Испании в своем решении от 12 мая 1986 года исключил доказательную силу данных показаний по двум обстоятельствам: когда показания были даны с целью исключения или уменьшения собственной ответственности; также есть основание считать, что обвиняемый

⁹⁹ Статья 210 УПК

¹⁰⁰ Статья 514 УПК

¹⁰¹ Статья 511.2 УПК

¹⁰² Статья 238.2 УПК

¹⁰³ Статья 192.3 УПК

¹⁰⁴ Статьи 236.2 и 238-бис УПК

руководствовался ненавистью, инструкциями третьего лица, или же его действия были мотивированы прокурором в обмен на лучшее обращение (2446/1986 RJA).

В решении Верховного суда от 26 мая 1986 года (RJA 2863/1986) было признано, что в отношении показаний обвиняемых (для обвинений в организованных преступлениях) защита презумпции невиновности требует оценки личности обвиняемого, его взаимоотношений с ответчиком, детального и глубокого изучения мотивов (например, месть или ненависть), которые могли бы заставить его обвинить невиновного человека, а также поиска возможного алиби, которое может побудить его оправдать себя.

Среди мотивов, которые должен проверить суд для обоснования заключения о ложности обвинения соответчика, является обещание лучшего обращения, сделанное прокурором для стимулирования обвиняемого на дачу подобных показаний (решение от 4 декабря 1991 года (RJA 8970/1991)). Суд также указал, что признание, точность и достоверность обвинительных показаний может подтвердить их надежность (решение от 21 января 1994 года (RJA 90/1994)).

Решением от 25 марта 1994 года (RJA 2594/1994) Верховный суд подчеркнул важность того факта, что не должно существовать никаких элементов, подвергающих сомнению субъективную надежность обвиняемого ввиду наличия собственных интересов. Он также указал на важность того, чтобы показания были согласующимися и подтвержденными.

В своем решении от 20 мая 1994 года (RJA 3942/1994) Суд также придал особое значение тому, как обвинительные показания должны быть охарактеризованы их положительными элементами, такими как их спонтанный характер, однозначность, логическая связность и повторный характер.

В решении 153/1997 конституционный суд признал, что обвиняемый, в отличие от свидетеля, не обязан говорить правду, и может хранить молчание или даже солгать. Таким образом, доказательная сила этих показаний более слабая, в отличие от показаний свидетелей, особенно в отсутствии подтверждения другими показаниями.

В двух решениях (233/2002 и 237/2002) конституционный суд сформулировал критерии, которые необходимо соблюсти для того, чтобы принять показания обвиняемых в качестве доказательства, и позволить преобладание их доказательной силы над правом обвиняемых на презумпцию невиновности:

- i. Обвинительные показания обвиняемого являются правомерными;
- ii. Данные показания не являются достаточными доказательствами для преодоления презумпции невиновности;
- iii. Подобная минимальная доказательная сила приобретаетс данными показаниями, когда они подкреплены иными доказательствами;
- iv. Данные доказательства, требуемые, как минимум, для подтверждения обвинительных показаний обвиняемых в том смысле, что они могут считаться достаточными, являются факты, информация и внешние обстоятельства, которые подтверждают надежность/достоверность подобных показаний;
- v. Оценка наличия данного подтверждения делается для каждого дела индивидуально.

В решении №84 от 28 июля 1981 года конституционный суд прямо разъяснил концепцию минимального доказательства против обвиняемого, которая, по сути, накладывает конкретное ограничение на принцип свободной оценки доказательства судьей.

В данном решении суд пояснил, что для оспаривания презумпции невиновности необходимо, чтобы:

- i. Было собрано определенное минимальное количество доказательств;
- ii. При сборе таких доказательств соблюдались процессуальные нормы (указанные как законодательными положениями, так и толкованиями конституции);

- iii. Собранные доказательства могли рассматриваться против обвиняемого, и были достаточными для подтверждения его виновности;
- iv. Доказательства были подтверждены в ходе устного разбирательства (за исключением дел, когда было необходимо собрать доказательства до суда, но при участии обвиняемого, или когда допускается зачитывание показаний в зале суда);
- v. Свободное убеждение судьи в том, что доказательство является достаточным для подтверждения виновности обвиняемого, является недостаточным, но необходимым для предоставления им надлежащей мотивировки относительно того, как он пришел к заключению о виновности обвиняемого.

Швейцария

От обвиняемого физического лица не требуется дачи свидетельских показаний под присягой (статья 82 УПК), это обусловлено тем фактом, что, теоретически, сообвиняемый даст неполные показания, и их надежность сама по себе сомнительна.

Различное отношение к свидетельским показаниям сообвиняемого подтверждается статьей 169, которая в явной форме признает право хранить молчание в отношении тех физических лиц, чьи показания могут привести к признанию их в качестве сообвиняемых. Данное исключение из правил, обязывающее свидетелей предстать перед судом и дать показания, обосновано слабой доказательной силой показаний сообвиняемых.

В статье 178 указывается, что сообвиняемый или обвиняемый в связанном судебном разбирательстве может быть допрошен не в качестве свидетеля, а больше как «осведомленное лицо» (*persona informata sui facti/auskunftspersonen*).

Португалия

В Португалии Верховный и конституционный суды неоднократно заявляли, что допустимость показаний сообвиняемых в отношении своих сообвиняемых напарников в качестве доказательств лишь в минимальной степени сталкивается с правом на справедливое судебное разбирательство.

«Обвинительные показания, данные сообвиняемым, регулируются теми же правилами о средствах доказывания». Доказательства считаются допустимыми в судебном процессе, если обвиняемый имеет возможность провести перекрестный допрос сообвиняемого (Верховный суд 03.09.2008, касательно Сантос Кабрал¹⁰⁵).

В связи с отсутствием особых правил, регулирующих доказательную силу показаний, сделанных сообвиняемыми, их надежность всегда должна оцениваться в свете принципа свободной оценки, но с особой осторожностью, которая может включать необходимость проверки.

Заключение должно учитывать тот факт, что сообвиняемые могут иметь поддающиеся сомнению мотивы, такие как желание пойти на сделку или более благоприятное судебное обращение, месть, ненависть или возмущение несправедливостью, или же собственные интересы, заключающиеся в устранении собственной ответственности и возложении ее на других ответчиков.

Хотя показания сообвиняемых допускаются в качестве доказательств, они обладают ограниченной силой и потому требуют подтверждения иными доказательствами, а также увеличивают ответственность суда при вынесении обоснованной оценки (Верховный суд 12.06.2008, представитель Сантос Каравалью¹⁰⁶).

Надежность обвинительных показаний сообвиняемых прямо пропорциональна отсутствию субъективных причин для недоверия, что, в большинстве случаев, эквивалентно отсутствию ложных оснований и наличию самообвинения.

¹⁰⁵ Сантос Кабрал STJ 03.09.2008, [*Rel Santos Cabral*], доступно на: www.dgsi.pt

¹⁰⁶ Сантос Каравалью STJ 12.06.2008, [*Rep. Santos Carvalho*], доступно на: www.dgsi.pt

Подтверждение понимается Верховным судом как внутренняя характеристика, а также доказательство, которое способствует выявлению достоверности.

Конституционный суд и Верховный суд также отвергают силу обвинительных показаний сообвиняемых в случаях, когда те, по запросу о проведении перекрестного допроса ответчиком, воспользовались своим правом молчания.

Тем не менее, обвинительные показания сообвиняемых допустимы в заочном судебном разбирательстве, хотя ответчик, через своего защитника, должен иметь возможность на проведение перекрестного допроса сообвиняемого и предложить вопросы, необходимые для оценки его надежности (статья 6 и статья 345 УПК).

3.3.4 Заключение

Согласно статье 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, «обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки. Такой приговор или решение не могут предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле».

Данное положение значительно отличается от аналогичных положений, принятых в других государствах-членах Совета Европы, тем, что, несмотря на наличие в нем однозначного упоминания о невозможности предрешения приговором виновности третьих лиц, оно все равно допускает применение преклюзивных последствий решений суда по уголовным делам в отношении иных уголовных преследований (уголовное на уголовное) против третьих лиц.

Подобные положения создают риск того, что прокуроры и судьи освобождены от доказывания существенных элементов обвинения против последующих ответчиков посредством важности фактов, которые были «доказаны» в отсутствие самих ответчиков. В этом смысле хотя их вина может не быть «предвзятой», перераспределение бремени доказывания может привести к непропорциональному нарушению их права на справедливое судебное разбирательство и, в частности, права на защиту и презумпцию невиновности.

Другим примечательным отличием является тот факт, что в рассмотренных странах ограничению подвергаются преклюзивные последствия приговоров, которые были приняты на основании изучения доказательств в ходе состязательных судебных слушаний. Признание вины и досудебное соглашение (хотя и порождает прецедент) обычно не влекут преклюзивных последствий в отношении последующих разбирательств даже против тех же самых ответчиков.

Возможны злоупотребления преклюзивными последствиями судебных решений в уголовных делах, когда показания отдельного обвиняемого или вынесенный ему обвинительный приговор, используются для обвинения ответчиков по связанному делу. Во избежание подобного нарушения прав на защиту в ряде стран, посредством законодательных мер или судебного толкования, допустимость и доказательная сила показаний соответчиков в уголовном судопроизводстве были строго ограничены.

3.4 Ответственность юридического лица за уголовные преступления

Существует несколько способов, посредством которых отсутствие фактической ответственности юридического лица за уголовные преступления может способствовать злоупотреблению в корпоративных конфликтах, устранении коррупции и принудительных поглощениях, например:

- Компания может осуществлять антиконкурентную деятельность за счет подкупа сотрудников, ответственных за государственные закупки, с минимальным риском для

интересов компании, за исключением небольшого ущерба собственной репутации и уголовного наказания для физических лиц, совершивших противоправные действия;

- Фактическое наказание противоправных действий, совершенных от имени и в интересах компании, осуществляющей рейдерский захват, может быть невозможным;
- Без адекватных процедур наблюдения и контроля, которые могут служить в качестве защитного или смягчающего обстоятельства в уголовных делах против юридического лица, оно само может быть восприимчиво к злоупотреблению и коррупции собственных сотрудников.

Более того, отсутствие фактической ответственности юридического лица за уголовные преступления может быть, в ряде случаев, непропорциональным или еще каким-либо произвольным образом компенсировано обвинительными органами или судами, стремящимися заморозить или конфисковать активы компаний.

3.4.1 Российская Федерация

В последние годы наблюдается значительный рост количества правонарушений, совершенных в пользу или с привлечением юридических лиц. Масштаб этого явления указывает на то, что в России сформировался новый вид преступлений, т.е. преступление юридического лица («преступление корпораций» или «корпоративное преступление»).

Данный вид преступления является реальной угрозой экономической безопасности государства, а также интересам добросовестных экономических субъектов. В частности, значительно повышается инвестиционный риск, обусловленный подверженностью российских финансовых инструментов преступлениям, что в результате может привести к оттоку капитала из страны. Преступления юридических лиц дестабилизируют основы экономики, способствуя ухудшению основных экономических показателей, в том числе росту инфляции, сокращению производства и переходу капитала в теневую экономику. Подобного рода преступления значительно влияют на уровень преступности в обществе и, в частности, провоцируют появление коррупции или способствуют ее развитию (в том числе особому типу корпоративной коррупции, т.е. незаконных, эгоистично мотивированных действий государственных служащих в пользу определенных юридических лиц).

В рамках действующего уголовного права Российской Федерации отсутствует концепция уголовной ответственности юридических лиц. Статья 19 Уголовного кодекса устанавливает, что уголовную ответственность может нести только дееспособное физическое лицо, достигшее определенного возраста. Таким образом, Уголовный кодекс Российской Федерации не предусматривает никаких санкций в отношении юридических лиц, участвовавших в преступлении. Вместо этого подобного рода санкции предусмотрены в законодательстве об административных правонарушениях, например, статья 19.28 Кодекса об административных правонарушениях (незаконное вознаграждение от имени юридического лица) устанавливает ответственность юридических лиц за участие в преступлениях в рамках статей 201 (злоупотребление полномочиями) и 291 (дача взятки) Уголовного кодекса.

Статья 14 Антикоррупционного закона предусматривает, что в случае если от имени юридического лица или в его пользу, были организованы, подготовлены или совершены коррупционные преступления или правонарушения, создавшие условия для совершения коррупционных преступлений, юридическое лицо может быть признано ответственным в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Применение в отношении юридического лица мер ответственности за коррупционное преступление не освобождает физическое лицо от ответственности за коррупционное преступление. Равно как и уголовное преследование или иная форма ответственности физического лица за коррупционное преступление не исключают ответственности юридического лица за то же преступление. Данный подход подтвержден существующей судебной практикой, в которой юридические лица были признаны ответственными по части 1 статьи 19.28 Кодекса об

административных правонарушениях, в то время как физические лица, представлявшие юридические лица, были привлечены к ответственности по части 1 статьи 291 Уголовного кодекса (определение Саратовского областного суда от 28.05.2013 года по делу № 7-297/13, решение Орловского областного суда от 23.05.2013 года по делу № 4-А-84/2013, определение Волгоградского областного суда от 11 января 2012 года по делу № 7а-1061/11).

Действующее законодательство об административных правонарушениях в Российской Федерации не предоставляет полного объема санкционных мер, адекватных той социальной опасности, которую несут такие преступления, например, отзыв лицензии, запрет на осуществление какой-либо деятельности, принудительная ликвидация юридического лица и т.д. Можно прийти к выводу, что они не полностью соответствуют международным стандартам эффективных, пропорциональных и сдерживающих санкций.

3.4.2 Международные критерии

Статья 18 **Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию Совета Европы**¹⁰⁷ требует «подобные законодательные и прочие меры в качестве необходимых для обеспечения того, чтобы юридические лица могли быть привлечены к установленной в соответствии с настоящей Конвенцией ответственности за уголовные правонарушения, такие как дача взятки, коммерческий подкуп и отмывание денег, совершенные для их выгоды любым физическим лицом, занимающим руководящую должность в данном юридическом лице, действовавшим самостоятельно или как часть подразделения юридического лица, на основании:

- права представлять юридическое лицо; или
- полномочия принимать решения от имени юридического лица; или
- полномочия по осуществлению контроля в рамках юридического лица;
- а также степени причастности данного физического лица к вышеуказанным преступлениям - в качестве пособника или соучастника».

Более того, «каждая Сторона обязана предпринять необходимые меры для обеспечения того, чтобы юридическое лицо могло понести ответственность в случаях, когда отсутствие надзора и контроля со стороны физического лица, указанного в пункте 1, сделало возможным совершение уголовных преступлений, упомянутых в пункте 1, с выгодой для данного юридического лица физическим лицом по его распоряжению». Ответственность юридического лица не должна исключать уголовное судопроизводство против физических лиц, которые выступили в качестве исполнителей, соучастников или пособников в упомянутых выше уголовных преступлениях.

Статья 26 **Конвенция ООН против коррупции**¹⁰⁸ предусматривает внедрение государством-членом подобных мер в качестве необходимых, соответствующих его правовым принципам, для установления ответственности юридических лиц за участие в преступлениях в соответствии с настоящей Конвенцией. В силу правовых норм государства-члена, ответственность юридических лиц может носить уголовный, гражданский или административный характер. По аналогии с Конвенцией об уголовной ответственности за коррупцию, правовая ответственность юридического лица не исключает уголовной ответственности физического лица, совершившего преступления. Необходимо, чтобы санкции были «эффективными, пропорциональными и сдерживающими», они также могут носить уголовный и не уголовный характер, в том числе денежные санкции (аналогичное требование предусмотрено пунктом 2 статьи 19 Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию).

Аналогичное требование содержится в Статье 10 **Конвенции Организации Объединенных наций против транснациональной организованной преступности**¹⁰⁹ относительно участия в

¹⁰⁷ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию Совета Европы [*Criminal Law Convention on Corruption of the Council of Europe*], доступно на: <http://conventions.coe.int>

¹⁰⁸ Конвенция ООН против коррупции [*United Nations Convention against Corruption*], доступно на: www.unodc.org

¹⁰⁹ Конвенции Организации Объединенных наций против транснациональной организованной преступности [*United Nations Convention against Transnational Organised Crime*], доступно на: www.unodc.org

серьезных преступлениях, подразумевающих вовлечение организованной преступной группы, а также ряда иных преступлений, указанных в Конвенции.

В Европейском Союзе, **Рамочное решение Совета ЕС № 2003/568/ПВД от 22 июля 2003**¹¹⁰ года о борьбе с коррупцией в частном секторе требует обеспечения ответственности юридических лиц за коррупционные действия в частном секторе.

Рекомендация R (88) 18¹¹¹ Комитета Министров Совета Европы по ответственности предприятий-юридических лиц за правонарушения, совершенные в ходе ведения ими хозяйственной деятельности, была разработана для стимулирования мер по возложению на предприятия большей ответственности за правонарушения, совершенные в ходе ведения ими хозяйственной деятельности. В рекомендации государствам-членам предлагается привлекать, по мере необходимости, предприятия как к уголовной, так и к иным формам ответственности за противоправное поведение. В рекомендации также указано, что санкции, соответствующие характеру и структуре предприятия, должны применяться в целях изъятия доходов, полученных от преступной деятельности, предупреждения последующих правонарушений или переноса слушания дела по правонарушению. К таким санкциям, применение которых должно основываться на принципе пропорциональности, относятся, помимо прочего, предупреждения, штрафы, конфискация собственности, которая использовалась при совершении правонарушения или приобретена в результате незаконной деятельности, лишение налоговых привилегий и субсидий, отзыв лицензий, назначение судебными органами временного управления, закрытие или ликвидация предприятия, запрет на рекламу товаров или услуг и восстановление прежнего состояния.

3.4.3 Государства-члены Совета Европы

Концепция Уголовной Ответственности Юридического лица (далее УОЮЛ) утверждает, что уголовные действия, совершенные представителями «юридического лица» (далее ЮЛ), могут быть приписаны ЮЛ, которое в силу этого несет ответственность. Ниже приводится краткое описание того, как концепция УОЮЛ применяется в 6 европейских государствах (Франция, Германия, Италия, Испания, Швейцария и Соединенное Королевство). В Германии не существует УОЮЛ как таковой, но применяются жесткие меры со стороны регулирующих органов в отношении преступлений, совершенных ЮЛ.

Каждая страна изучалась отдельно, с использованием следующего формата:

Основные положения: Какова основа УОЮЛ (или ее эквивалента) во внутреннем праве? Какие ЮЛ могут подпадать под УОЮЛ? (Например, во Франции, исключены ЮЛ, являющие частью государственного аппарата.)

За действия каких своих представителей ЮЛ могут нести ответственность? (Например, в законодательстве Испании, помимо сотрудников в явном виде включены правонарушения контрагентов.)

Какие именно связи существуют между ЮЛ и их представителями? Так, например, в Швейцарии, допускается привлечение к ответственности ЮЛ, только если не было установлено отдельное виновное лицо. В большинстве случаев УОЮЛ может применяться только, если ЮЛ получило выгоду от преступления, но эта выгода не должна была быть исключительной (например, отдельное лицо могло получить прямую выгоду, и в то же время принося выгоду ЮЛ).

¹¹⁰ *Рамочное решение Совета ЕС № 2003/568/ПВД от 22 июля 2003* [*Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003*], доступно на: <http://eur-lex.europa.eu>

¹¹¹ *Рекомендация R (88) 18* [*Recommendation R (88) 18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities*], доступно на: www.coe.int

Существуют ли определенные виды правонарушений, в отношении которых может или не может применяться УОЮЛ? Некоторые государства ограничивают применение УОЮЛ только в отношении конкретных видов преступлений, но при этом все поддерживают применяемость УОЮЛ в отношении «преступлений в сфере предпринимательской деятельности», таких как мошенничество, дача взятки и отмывание денег.

Средства правовой защиты: Предусмотрены ли в праве особые средства защиты? Рассмотрит ли прокурор иные другие факторы в качестве смягчающего обстоятельства? (Многие государства определенным образом позволяют ЮЛ утверждать, что имеются надежные и эффективные программы «соответствия», призванные предотвратить любые правонарушения.) Даже если данное соответствие не обеспечивает полной защиты, оно обычно выступает в качестве смягчающего фактора. Многие государства также смягчают приговор, когда ЮЛ совершает любое «само-повинное» преступление, оно обличает себя и/или полностью сотрудничает с любым следствием.

Процедура: Кто выступает в качестве обвинителя в корпоративном преступлении? В ряде государств следствие ограничивается привлечением к нему сотрудников прокуратуры, занимающихся уголовными делами, в других же странах существуют уголовные органы и органы надзора, которые могут обеспечивать соблюдение УОЮЛ. В Соединенном Королевстве предъявляется особое требование к учету «общественного интереса», и это рассматривается более подробно.

Виды наказания: В государствах обычно в качестве наказания применяется уплата штрафа, максимальный размер которого может быть ограничен законодательством. В отношении ЮЛ могут также применяться иные виды наказаний, среди которых наиболее распространенным является помещение в своего рода «черный лист» с целью недопущения участия в выполнении государственных заказов. По очевидным причинам ЮЛ не могут быть заключены под стражу, но данный вид наказания может быть применен в отношении их руководителей. Также распространенным видом наказания для физических лиц является наложение ограничений на их последующее вовлечение в деятельность ЮЛ.

Франция

Основные положения: Во Франции уголовная ответственность юридического лица признана с 1994 года, хотя ее объем был значительно расширен в 2004 году. Это привело к значительному увеличению количества сотрудников прокуратуры.

Правительство Франции и (в определенных обстоятельствах) местные органы власти считаются ЮЛ, но не несут ответственность за действия своих сотрудников. Прочие ЮЛ могут быть признаны ответственными за действия своих законных представителей, включая деятельность в рамках доверенности. ЮЛ также могут нести ответственность не только в случаях, когда определенным физическим лицом было совершено правонарушение, но и за халатность, возникшую в результате ряда недостатков в организационной структуре ЮЛ. Последний подход находит все большее применение в прецедентном праве.

Ответственность со стороны ЮЛ не влечет автоматически ответственности со стороны директоров и руководителей, но и не исключает ее. Например, генеральный директор компании может нести уголовную ответственность за то же правонарушение, что и его компания, если оно было совершено с его разрешения, при его содействии или в результате его халатности. В настоящее время, несмотря на недавнее расширения законов, применяемых к УОЮЛ, большая часть уголовных дел была возбуждена против физических лиц, а не ЮЛ, с которыми они связаны.

Средства правовой защиты: Работник действовал от своего имени. Для применения этого средства правовой защиты необходимо, чтобы работник не участвовал ни в каком виде хозяйственной деятельности, выгодной для ЮЛ. Наличие адекватных процедур соответствия со стороны ЮЛ может выступить в качестве смягчающего фактора, но не предоставляет фактической защиты.

Процедура: Ответственность за все дела УОЮЛ несет государственный обвинитель. Регулирующий орган (*Autorité des Marchés Financiers (Регулирующий орган финансовых рынков)*) не привлекается к уголовным правонарушениям. Французское законодательство предусматривает возможность принятия во внимание судьей сотрудничества ЮЛ с прокурором или судебным следователем. Тем не менее, директивы для определения меры наказания в отношении возможных смягчающих последствий данного взаимодействия отсутствуют.

Виды наказания: Наложение штрафов применяется в большинстве случаев, когда была обнаружена уголовная деятельность (максимальный штраф для ЮЛ составляет пятикратный штраф, предназначенный для применения в отношении физических лиц). Французское законодательство предусматривает широкий спектр дополнительных наказаний, в том числе запрет на прямое или косвенное ведение одного или более профессиональных видов деятельности на постоянной или временной основе сроком до 5 лет, постоянное закрытие одного или более объектов ЮЛ, временное или постоянное исключение из участия в государственных тендерах, а также, в самом крайнем случае, ликвидация ЮЛ.

На физические лица может быть наложен штраф, их могут заключить под стражу, а также в их отношении может быть применен запрет на дальнейшее участие в деятельности ЮЛ. Существует возможность смягчения наказания в обмен на признание своей вины, но данная мера обычно применяется в отношении физических лиц, а не ЮЛ. Сотрудничество со следствием может быть учтено при рассмотрении вопроса о наказании, суд также рассмотрит в установленном порядке степень причиненного ущерба, размер полученного дохода и т.д. При вынесении решения должны быть учтены отягчающие обстоятельства (например, повторно совершенное правонарушение).

Германия

Основные положения: Действующее в Германии уголовное право применяется только в отношении физических лиц, поэтому ЮЛ не может быть напрямую предъявлено обвинение за уголовные правонарушения. ЮЛ может быть наказано за правонарушения (как уголовные, так и находящиеся в юрисдикции регулятивных органов), совершенные его руководителями и работниками, причем наблюдается увеличение количества данного вида дел. Существуют споры относительно того, следует ли Германии изменить законодательство, чтобы иметь возможность прямого наложения УОЮЛ, как это осуществляется в других европейских странах и США.

Средства правовой защиты: Немецким правом не предусмотрено специальных средств правовой защиты. Суд может воздержаться от применения наказания, если, по его убеждению, правонарушение было совершено вопреки мерам, принятым ЮЛ для предотвращения подобных преступлений. Хотя наложение регулятивного штрафа не требует предварительного вынесения обвинительного приговора в отношении сотрудника, оно, тем не менее, требует обязательного признания правонарушения.

Процедура: Возможные правонарушения могут расследоваться как государственными обвинителями, так и регулятивными органами в зависимости от вида преступления. Штрафы могут налагаться и следственным органом, но постановления об имущественных наказаниях могут издаваться только прокурорами.

Виды наказания: Может быть наложен регулятивный штраф. Обычно его максимальный размер составляет 1 миллион евро, тем не менее, может быть наложена и большая сумма в случае, если было установлено, что совершенное ЮЛ правонарушение привело к получению финансовой выгоды, превышающей 1 миллион евро. Если судом было установлено получение выгоды ЮЛ от правонарушения, совершенного физическим лицом, суд может издать приказ об имущественном наказании. Этот приказ подразумевает конфискацию у ЮЛ суммы, равной валовому доходу, полученному в результате совершения правонарушения. ЮЛ может также быть наказано посредством наложения запрета на закупки. Кроме наложения штрафов на отдельных правонарушителей, собственник и представители ЮЛ могут быть признаны ответственными в случае, если не были приняты соответствующие меры по надзору, которые могли бы

предотвратить нарушение. К таким мерам можно отнести подбор персонала, организационные меры, мониторинг и ответные действия в случае плохого исполнения должностных обязанностей.

Италия

Основные положения: УОЮЛ является частью итальянского права с 2001 года. Соответствующее законодательное положение носит название Закон 231.

ЮЛ несут ответственность в случае, если правонарушение произошло в результате любых действий работника с выгодой или в интересах, ЮЛ. ЮЛ несут ответственность только за правонарушения, указанные в статье 24 и статье 25 Закона 231. К данным «соответственным правонарушениям» относятся мошенничество в отношении государства, киберпреступления, коррупция, отмывание денег, создание помех правосудию и причинение смерти по неосторожности. Этот перечень подлежит расширению и включению в него экологических правонарушений.

Если было совершено идентифицируемое правонарушение, ЮЛ будет нести ответственность даже если физическое лицо (лица), фактически совершившее данное правонарушение, остаются неизвестными или же невозможно напрямую предъявить им обвинение.

Средства правовой защиты: Если правонарушение было совершено руководителями или сотрудниками, ЮЛ не несет ответственность, если можно доказать, что им были внедрены соответствующие эффективные «протоколы организационного управления», предназначенные для предотвращения совершения подобных правонарушений. Данные протоколы должны регулироваться в ЮЛ «Наблюдательным Комитетом» («Surveillance Committee»). По состоянию на 2012 год судами были приняты данные средства правовой защиты только в двух случаях.

Механизм, позволяющий ЮЛ добровольно предоставлять информацию о правонарушениях или иным образом содействовать следствию в обмен на уменьшение наказания, отсутствует.

Процедура: Государственного органа, конкретно отвечающего за предъявление обвинений ЮЛ, не существует. Как правило (если речь не идет о правонарушениях меньшей степени тяжести), дела об УОЮЛ ведутся вместе с лежащими в основе уголовными расследованиями. В рамках итальянского права, уголовное преследование требуется всякий раз, когда, предположительно, было совершено правонарушение.

Виды наказания: В отношении каждого соответствующего преступления предусмотрено свое максимальное наказание, обычно имеющее форму штрафа. Максимальный штраф для ЮЛ составляет 1,549 миллионов евро за исключением преступлений, обусловленных «рыночными махинациями», в данном случае размер штрафа составляет десятикратную сумму полученных доходов в результате данного правонарушения.

ЮЛ также могут быть занесены в черный список, и на их хозяйственную деятельность могут быть наложены ограничения. Суд также может потребовать изъятия незаконно присвоенных доходов и имущества для компенсации любых доходов, полученных в результате совершения преступления.

Испания

Основные положения: УОЮЛ получила особый статус в испанском законодательстве только с 2010 года. В связи с этим до настоящего времени не было проведено ни одного значительного уголовного преследования, но количество жалоб на корпоративные правонарушения увеличивается. Помимо законных представителей и сотрудников, ЮЛ также несут ответственность за контрагентов, участвующих в деятельности от имени данных ЮЛ.

ЮЛ несут ответственность только за определенные преступления, к которым относится мошенничество, коррупция, отмывание денег, промышленный шпионаж и правонарушения против градостроительства и законов по защите окружающей среды.

Обычно руководители ЮЛ не несут ответственность за правонарушения, совершенные иными лицами. Испанское законодательство обычно требует доказательства того, что руководители были осведомлены о любом правонарушении и при этом одобрили его. Из данного правила существуют исключения, например, в том, что касается отмывания денег, достаточно продемонстрировать халатность руководителей в управлении сотрудниками.

Средства правовой защиты: ЮЛ не будут нести ответственность, если смогут продемонстрировать эффективный надзор за подчиненными и контрагентами. Наличие организационной системы, обеспечивающей выявление и предупреждение правонарушений, может служить смягчающим обстоятельством.

Признание вины и сотрудничество со следствием всегда учитывается. Добровольная компенсация потерпевшим также может быть рассмотрена в качестве смягчающего обстоятельства.

Процедура: Расследование корпоративных правонарушений является прерогативой Следственных судов (Investigating Courts) Испании, но в то же время иные органы, в том числе полиция, регулятивные и государственные органы могут докладывать Следственным судам о возможных преступлениях для проведения уголовного преследования.

Виды наказания: Максимальная сумма штрафа не установлена. Она определяется в зависимости от размера дохода, полученного ЮЛ в результате совершения правонарушения.

ЮЛ может быть полностью ликвидировано, либо его деятельность приостановлена на срок максимум до 5 лет. ЮЛ может быть занесено в черный список, и на его коммерческую деятельность может быть наложен запрет. Данные виды наказания могут иметь постоянный или временный характер (в последнем случае срок может достигать 15 лет).

В отношении физических лиц может быть применено заключение под стражу, уплата штрафа и наложение запрета на работу в качестве руководителя ЮЛ. При выборе наказания суды рассматривают целесообразность предотвращения будущих преступлений, социальные и экономические последствия наказания, предыдущие правонарушения, а также тот факт, использовалось ли ЮЛ в качестве инструмента преступления.

Швейцария

Основные положения: УОЮЛ является частью швейцарского законодательства с 2003 года. В рамках статьи 102 швейцарского Уголовного кодекса, ЮЛ могут нести прямую уголовную ответственность за определенные правонарушения, в том числе дачу или получение взятки (как на территории Швейцарии, так и за ее пределами), отмывание денег и финансовый терроризм.

В отношении иных правонарушений ЮЛ может нести ответственность в том случае, если правонарушение совершено в пределах ЮЛ и для его выгоды, и при этом организационная структура ЮЛ не позволяет установить конкретное физическое лицо в качестве виновного. Таким образом, невозможно предъявить обвинение ЮЛ и любому физическому лицу за одно и то же конкретное правонарушение.

Средства правовой защиты: Демонстрация того факта, что преступление совершено, несмотря на внедрение ЮЛ всех необходимых и обоснованных мер по его предотвращению, является достаточной защитой.

Процедура: Следствие и уголовное преследование предполагаемых преступлений осуществляется швейцарскими уголовными органами. В таких обстоятельствах ЮЛ признается подозреваемым по аналогии с физическим лицом.

Виды наказания: Единственным видом наказания, применяемым в отношении ЮЛ, является наложение штрафов и конфискация всех незаконно полученных выгод. Максимальный размер

любого штрафа составляет 5 миллионов швейцарских франков. Руководители и сотрудники могут подлежать наложению гражданских санкций.

Соединенное Королевство

Основные положения: Концепция ответственности за действия других лиц (vicarious liability) является отличительной чертой законодательства Соединенного Королевства на протяжении столетия. Объем УОЮЛ в Соединенном Королевстве увеличился в последние годы благодаря принятию нового законодательства относительно корпоративного убийства (2007 год) и взяточничества (2010 год). Хотя до настоящего времени количество рассмотренных дел по этим правонарушениям было небольшим, органы власти подчеркнули важность этого законодательства.

Соединенное Королевство также применяет «идентификационный принцип», который позволяет преследовать ЮЛ в судебном порядке за правонарушения, которые были совершены руководителями, представляющими «управляющий ум и волю» («controlling mind and will») ЮЛ. Руководители ЮЛ также несут ответственность за правонарушения, если будет продемонстрировано, что они способствовали его совершению по собственной воле или в результате халатности.

Единственным видом правонарушений, которые не могут быть совершены ЮЛ, являются преступления, совершенные физическим лицом, а также те, за которые единственной мерой наказания является помещение под стражу.

Средства правовой защиты: Многие правонарушения, касающиеся ЮЛ, подразумевают строгую ответственность, и поэтому в их отношении применение правовой защиты невозможно. Если в отношении конкретного преступления доступны средства правовой защиты, они будут описаны в соответствующем законодательстве. Что касается дачи и получения взятки, то, хотя обычно и подразумевается строгая ответственность, правовая защита также допускается: она заключается в наличии у ЮЛ соответствующих процедур, предназначенных для предупреждения данного преступления. Сотрудничество со следствием всегда выступает в качестве смягчающего обстоятельства, и органы власти стремятся продвигать концепцию «самообращения» («self-referral») ЮЛ.

Процедура: В Соединенном Королевстве существует несколько государственных органов, осуществляющих расследование и уголовное преследование предполагаемых правонарушений, совершенных ЮЛ. До своей недавней ликвидации ведущую роль в них играло Управление по финансовой стандартизации (Financial Standards Authority). Как следует из названия, Отдел по борьбе с крупными мошенничествами (Serious Fraud Office) расследует инвестиционные и корпоративные мошенничества, а также коррупционные правонарушения в Англии, Уэльсе и Северной Ирландии.

При принятии решения о том, следует ли перейти к уголовному преследованию, прокуроры в Соединенном Королевстве, кроме уверенности в большой вероятности успеха дела, должны также принять во внимание, осуществляется ли уголовное преследование в общественных интересах. Самым важным фактором является тяжесть правонарушения, которая измеряется не только размером доходов или убытков, но и величиной ущерба, причиненного обществу, акционерам, финансовым рынкам и международной торговле, а также международной репутации Соединенного Королевства и его бизнесу. Переход к уголовному преследованию может быть стимулирован и иным принимаемым во внимание общественным интересом: ЮЛ было ответственно за совершение аналогичных преступлений в прошлом; ЮЛ были получены предупреждения, но впоследствии проигнорированы; процедуры соответствия ЮЛ были неэффективными или недостаточными; ЮЛ не удалось в полной степени отчитаться о правонарушении, когда о нем стало впервые известно; правонарушение вышло за рамки ЮЛ.

Определенные обстоятельства могут убедить органы власти Соединенного Королевства в том, что уголовное преследование не осуществляется в интересах общества. Некоторые из них носят чисто практический характер (например, в случае, когда ЮЛ находится в процессе ликвидации или

когда правонарушение было совершено так давно, что ЮЛ, фактически, стало абсолютно другой организацией).

К другим факторам, которые можно учитывать, относятся: незамедлительное принятие ЮЛ мер по устранению правонарушения сразу же после его обнаружения; наличие в ЮЛ эффективного режима соответствия; совершение правонарушения как следствие воздействия «инородного», а не внутреннего по отношению к ЮЛ элемента; отсутствие в прошлом аналогичных правонарушений в ЮЛ. Прокурором также принимается во внимание, какие действия будет предпочтительнее по отношению к уголовному преследованию, гражданские или регулятивные.

Виды наказания: Максимального размера штрафа не предусмотрено, возможно наложение штрафа в размере, достаточном для разорения ЮЛ. Другим видом наказания для ЮЛ являются приказы о конфискации, приказы о компенсации, а также внесение в черный список при участии в распределении государственных заказов. В отношении физических лиц может применяться заключение под стражу, наложение штрафа, а также лишение права работы в ЮЛ в качестве руководителя. В отношении высшего руководства возможна подача гражданских исков в таких делах, как дача и получение взятки.

При выборе наказания суд рассматривает множество факторов, среди которых степень вины и тяжесть причиненного ущерба. Также было принято руководство по оценке степени тяжести правонарушения, кроме того, были установлены четыре степени виновности для вынесения соответствующего приговора, начиная от намеренного причинения ущерба до халатности. Уровень взаимодействия и раннее признание вины являются смягчающими обстоятельствами, в то время как иммунитет в случае взаимодействия со следствием гарантируется в ограниченном числе дел.

3.4.4 Заключение

Правонарушения, совершаемые от имени и в интересах юридических лиц, представляют собой определенную проблему в случае, если отсутствуют эффективные санкции в отношении юридических лиц, а эффективные и сдерживающие наказания применяются только в отношении физических лиц.

В Российской Федерации наблюдается значительная тенденция правонарушений, совершаемых в пользу юридического лица или с его использованием. В рамках действующего уголовного права Российской Федерации отсутствует концепция уголовной ответственности юридических лиц. Юридические лица привлекаются к административной ответственности, в то время как только в отношении физических лиц можно применять уголовную ответственность. Относительно одного и того же правонарушения, в совершении которого принимали участие как физические лица, так и организации, применяются две отдельные процедуры различного типа. Международные стандарты не заставляют государства применять в обязательном порядке уголовную ответственность в отношении юридических лиц. Тем не менее, действующее законодательство Российской Федерации об административных правонарушениях не обеспечивает полный объем санкций, соответствующих социальной опасности корпоративных преступлений, таких как отзыв лицензии, запрет на осуществление конкретных видов деятельности, принудительная ликвидация юридического лица и т.д.

Прямая уголовная ответственность юридического лица является сравнительно новой концепцией для европейских стран. Помимо Российской Федерации были рассмотрены еще шесть стран, и только в одной из них не существует прямой уголовной ответственности юридических лиц. В зависимости от страны, юридическое лицо может быть признано ответственным за действия своих сотрудников, законных представителей или контрагентов, участвующих в деятельности от имени юридического лица. Важным является тот факт, что если юридическим лицом была внедрена надежная программа соответствия для предотвращения правонарушений, это может быть рассмотрено в качестве смягчающего обстоятельства или даже достаточной защиты. Среди возможных видов наказания применяется наложение штрафов, конфискация доходов, полученных

незаконным путем в результате совершения правонарушения, включение в черный список при распределении государственных заказов, приостановка или ограничение видов деятельности, ликвидация и т.д.

3.5 Ответственность за коррупцию в частном секторе

Самой слабой стороной компании является вероятность подкупа ее руководства. Типичной формой такой коррупции является предательство менеджерами интересов законных акционеров и выполнение услуг в интересах третьих лиц за незаконное вознаграждение. Коррупцированный менеджер может продать активы компании по ценам ниже рыночных, создать искусственные долги для компании, ограничить продажи для ухудшения финансовой ситуации компании, разгласить или передать документацию или печати, которые могут быть использованы злоумышленниками, и т.д. Впоследствии законные владельцы ослабленной компании могут подвергнуться шантажу (например, принудительное участие в неблагоприятных деловых сделках), в отношении компании могут быть инициированы судебные процессы о ее несостоятельности или предприятие просто может быть лишено своих ценных активов.

Корпоративная коррупция может также привести к совершению правонарушений, которые способны оказать влияние на конкурентоспособность, например, нелегальная продажа конфиденциальной информации, принадлежащей банкам и иным компаниям, или вымогательство сотрудниками розничных сетей неофициальных платежей у поставщиков товаров.¹¹²

Врезка 4. Примеры рейдерских схем, основанных на получении взятки руководителями компании
Типичная схема рейдерского захвата подразумевает взятие под контроль главного исполнительного директора (генерального директора), а затем продажу недвижимого имущества компании в кратчайшие сроки рейдерам по очень низкой цене.

Рейдерство может также начаться с заключения соглашения с исполнительным директором (директором по продажам и маркетингу, главным бухгалтером) акционерного общества (например, посредством взятки или шантажа, который невозможно доказать). Затем от имени акционерного общества директор приобретает некоторые дешевые товары по завышенной цене. Это уже само по себе является абсолютно законной сделкой. В качестве следующего шага директор может слегка саботировать производство компании, ведя ее к банкротству, где заявка составляет, например, 10% выше стоимости всех запасов и иных долгов. Акционерное общество официально признается банкротом и вскоре переходит под внешнее управление, которое не подразумевает никакого взаимодействия с акционерами. Примечательно, что конкурсный управляющий действует в соответствии с законом о банкротстве, а не законом об акционерных обществах. Только собрание контролирует его/ее. Далее кредиторы требуют от внешнего управляющего дополнительного выпуска акций стоимостью, соответствующей размеру долга, и требуют акции в качестве его погашения. В результате рейдеры получают контрольную долю.

3.5.1 Российская Федерация

«Внутренняя коррупция», смысл которой заключается в принятии руководством решений в организациях частного сектора на основаниях, которые не только идут в разрез с интересами общества и государства, но и долгосрочными интересами компании и ее сотрудников, представляет собой особую опасность.

Коммерческий подкуп как особая форма коррупции включает не только правонарушение по статье 204 Уголовного кодекса, но и иные виды преступлений (гражданские, дисциплинарные, административные и т.д.). В настоящее время в связи с отсутствием исследований об опасности коррупции в частном секторе достаточно трудно оценить ущерб, создаваемый коммерческим подкупом, в частности, и опасность, которую коррупция в частном секторе представляет в целом.

¹¹² Дискуссия на заседании Подкомиссии по борьбе с коррупцией Комиссии Сейма по обороне, внутренним делам и предотвращению коррупции, г. Рига, Латвия, 19 февраля 2013 года.

Очевидно, что коммерческий подкуп обладает всеми характеристиками коррупции. Опасность для общества коммерческого подкупа проявляется в следующем:

- коммерческий подкуп ускоряет отдельные операции, но количество таких операций, требующее участия коррумпированных менеджеров, может настолько возрасти, что затраты на оплату взяток превысят доходы от ускорения, и использование «мелкой коррупции» приведет к росту платы;
- коррумпированное лицо, в результате взяточничества, выбирает претендентов, владеющих информацией о коррупционных схемах, уверенно их использующих и, поэтому, являющихся наиболее эффективными в этой схеме отношений;
- коррумпированный руководитель, получающий взятки, отдает предпочтения при выборе контрагентов не самым эффективным с точки зрения соотношения цена/качество, а тем, кто создает условия для получения выгод в личных целях;
- коррумпированный заявитель использует взятку для исключения из борьбы других участников, так как они не обладают возможностью использовать коррумпированные отношения и не могут соревноваться в ситуации, когда основным критерием является «коррумпированный подкуп»;
- уровень коррумпированности, включая коммерческий подкуп, оказывает влияние на оценку привлекательности инвестиционного проекта;
- коррупция заставляет менеджеров напрямую тратить средства через каналы, что облегчает сбор незаконных платежей. Это создает сдвиг в сторону дорогостоящих и масштабных инвестиционных проектов, а собственный интерес коррумпированных менеджеров заставляет их требовать более высокие уровни инвестиций;
- чем большую долю в цене договора составляет часть, предназначенная для оплаты организацией подкупа, тем выше вероятность выбора «неформальной процедуры» для внедрения видов деятельности, что в свою очередь окажет влияние на темп прироста экономики;
- чем дольше предприниматель вынужден ждать решения по вопросу, тем больше вероятность получения руководителем коммерческого подкупа, так как ожидание решения для предпринимателя означает дополнительные затраты, которых можно избежать, прибегнув к взятке. Данная ситуация сокращает стимулы к осуществлению крупных инвестиций в инновационные проекты, решения по которым требуют больше времени, а затраты окупаются только спустя несколько лет.

В процессе экономических споров, возникающих на основании коммерческого подкупа в частном секторе, могут появиться «рейдерские атаки». Это сопровождается уменьшением инвестиционных возможностей, сдержанным развитием малого и среднего бизнеса, подавлением конкуренции и нанесением общего вреда экономике.

Несмотря на очевидную опасность коррупции в частном секторе, российское антикоррупционное законодательство (отличное от уголовного) ориентировано на выявление и борьбу с коррупцией в сферах государственных и муниципальных услуг, и фактически игнорирует коррупцию в частном секторе.

Уголовный кодекс Российской Федерации включает коррупционные правонарушения (дача и получение коммерческого подкупа, злоупотребление властью), предусматривая ответственность за наиболее опасные типы коррупции в частном секторе. Однако несмотря на большую распространенность этих действий, эти положения практически не применяются, таким образом существенно подрывая надежность уголовного законодательства.

3.5.2 Международные критерии

Статья 7 и Статья 8 Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию¹¹³ требуют, чтобы каждая сторона предусматривала уголовную ответственность за активный и пассивный подкуп в частном секторе и для этих целей приняла законодательные и иные меры, которые могут быть необходимы для квалификации в качестве уголовных преступлений в соответствии с ее внутренним правом:

«обещание, предложение или предоставление, прямо или косвенно, какого-либо неправомерного преимущества каким-либо лицам, которые руководят предприятиями частного сектора или работают в них в том или ином качестве, для самих себя или любых других лиц с тем, чтобы эти лица совершили действия или воздержались от их совершения в нарушение своих обязанностей;

испрашивание или получение, прямо или косвенно, какими-либо лицами, которые руководят предприятиями частного сектора или работают в них в том или ином качестве, какого-либо неправомерного преимущества или обещания этого преимущества для самих себя или любых других лиц, или принятие предложения или обещания такого преимущества за совершение или несвершение каких-либо действий в нарушение своих обязанностей».

Необходимые санкции должны быть эффективными, пропорциональными и сдерживающими, «в том числе, если они совершены физическими лицами, наказание, предусматривающее лишение свободы, которые могут повлечь за собой выдачу». По крайней мере в одном отношении стандарт, касающийся подкупа в частном секторе, является менее строгим, чем в государственном секторе, т.е. должно быть доказано, что целью подкупа было побуждение к действию или несвершение каких-либо действий в нарушение обязанностей получателя.

Статья 21 Конвенции ООН против коррупции¹¹⁴ требует, чтобы государства-члены рассмотрели принятие практически идентичного стандарта по аналогии со статьями 7 и 8 Конвенции Совета Европы.

Аналогичным образом в Европейском Союзе, **Рамочное решение Совета ЕС № 2003/568/ПВД от 22 июля 2003 года о борьбе с коррупцией в частном секторе**¹¹⁵ требует обеспечения ответственности юридических лиц за коррупционные действия в частном секторе. Рамочное решение ясно указывает, что введение уголовной ответственности должно распространяться на коммерческие и некоммерческие юридические лица, при этом позволяя государству завить об ограничении данной ответственности в отношении действий, которые влекут за собой или могут повлечь за собой, искажение конкуренции, связанной с приобретением товаров или коммерческих услуг. Рамочное решение добавляет к стандарту об «эффективном, пропорциональном и сдерживающем» наказании конкретный предел - «максимальное наказание - тюремное заключение сроком от 1 до 3 лет». Государства-члены должны также обеспечить, в случае вынесения обвинительного приговора физическому лицу, чтобы «в отношении этого лица могло применяться, когда уместно, по меньшей мере, когда он или она занимали руководящий пост на предприятии в рамках определенной профессиональной деятельности, временное лишение права осуществлять эту или подобную ей профессиональную деятельность на аналогичном посту или в аналогичной должности, если из установленных фактов следует, что существует явная угроза

¹¹³ Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию [*Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption*], доступно на: <http://conventions.coe.int>

¹¹⁴ Конвенции ООН против коррупции [*Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption*], доступно на: <http://conventions.coe.int>

¹¹⁵ Рамочное решение Совета ЕС № 2003/568/ПВД от 22 июля 2003 года о борьбе с коррупцией в частном секторе [*Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector*], доступно на: <http://eur-lex.europa.eu>

злоупотребления ими полномочиями или должностью посредством активного или пассивного подкупа».

3.5.3 Государства-члены Совета Европы

В корпоративных конфликтах, в частности при столкновении с угрозами незаконного рейдерского захвата, предприятия становятся особенно уязвимыми, если один из его руководителей коррумпирован и может быть подкуплен. Несмотря на существование действующих международных стандартов, государства, внедряя антикоррупционные принципы, и сами компании часто полностью не понимают важности уголовного преследования и предотвращения подкупа между частными лицами. Эта часть работы посвящена краткому обзору положений и принципов уголовного права в выбранных государствах-членах Совета Европы.

Положения уголовного права

Несмотря на существование как будто бы ясных международных стандартов о привлечении к уголовной ответственности за подкуп в частном секторе, разнообразие положений в национальном уголовном праве европейских стран остается достаточно широким. Например, особенностью **бельгийского** права является тот факт, что привлечение к уголовной ответственности за подкуп физических лиц в частном секторе возможно, только если действия или невыполнение действий, за которые выгода была пообещана, предложена, дана, попросена или получена, были осуществлены без ведома или без должного разрешения совета директоров предприятия или ежегодного собрания участников, начальника или сотрудника (статья 504-бис Уголовного кодекса).¹¹⁶ Это породило опасения, в частности со стороны ГРЕКО, о том, что возможно исключение, например, «дел о соглашениях о подкупе между руководящими органами двух организаций».¹¹⁷

В **Германии** возможными санкциями для сотрудника или агента в коммерческом предприятии, который потребовал, согласился на ему/ей обещанную или принял выгоду в коммерческой сделке в обмен на неправомерное преимущество в конкуренции, связанной с приобретением товаров или коммерческих услуг, относятся заключение под стражу сроком до трех лет или уплата штрафа. Симметричное правонарушение подразумевает применение тех же санкций в отношении человека, который предлагает, обещает или предоставляет данную выгоду «для конкурентных целей» (статья 299 Уголовного кодекса).¹¹⁸ Более суровые санкции предусмотрены в отношении преступлений, совершенных при отягчающих обстоятельствах (статья 300). Важно, что правонарушения ограничиваются выгодами, полученными в обмен на неправомерные преимущества в рыночной конкуренции, и, как правило, следствие должно начаться с момента подачи иска (статья 301).

В **Латвии** положения уголовного права по борьбе с подкупом в частном секторе носят довольно комплексный характер. Уголовная ответственность установлена как за принятие материальных или иных благ, так и за принятие предложения о таком благе в частном секторе. Более того, принятие блага наказывается вне зависимости от того, было ли ожидаемое в ответ действие или бездействие нарушением обязанностей физического лица (формулировка закона указывает просто «использование его или ее» полномочий). Применяемые санкции варьируются в зависимости от некоторых факторов, т.е. размера выгоды, но, тем не менее, заключение под стражу является одним из вариантов (в самой тяжелой форме - до пяти лет) (статья 198, Уголовный закон).¹¹⁹ Что касается симметричного правонарушения, заключающегося в даче подкупа, под уголовную ответственность подпадает предложение о предоставлении блага (статья 199).

¹¹⁶ Уголовный кодекс Criminal Code [*Code pénal*], доступно на: www.ejustice.just.fgov.be

¹¹⁷ ГРЕКО (2009 г.) *Оценочный отчет по Бельгии по Обвинениям*, стр. 26. GRECO (2009), [*Evaluation Report on Belgium on Incriminations*], доступно на: www.coe.int/greco

¹¹⁸ Уголовный кодекс Criminal Code [*Strafgesetzbuch*], доступно на: <http://dejure.org>

¹¹⁹ Уголовный закон [*Krimināllikums*], доступно на: <http://likumi.lv>

Уголовный кодекс **Украины** подразумевает уголовную ответственность за предложение и предоставление неправомерного преимущества руководителю юридического лица, действующего в рамках гражданского права, вне зависимости от его организационной и юридической формы за действие или бездействие, с использованием его/ее полномочий, в интересах лица, предложившего или предоставившего преимущество или иного третьего лица (пункт 1 статьи 368-3 Уголовного кодекса).¹²⁰ Симметричное получение такого преимущества руководителем юридического лица, действующего в рамках гражданского права, также подлежит привлечению к уголовной ответственности. Если получение сопровождается предварительным сговором группы людей или вымогательством, применяемые санкции носят более жесткий характер (пункты 3 и 4 статьи 368-3). Тем не менее, в зависимости от конкретного пункта данной статьи, среди доступных санкций предусмотрены штрафы, запрещение на занятие определенных должностей или осуществление определенного вида деятельности, а также конфискация имущества. Относительно низкий уровень санкций может отражать отношение к опасности, вызываемой данными преступлениями, как своего рода незначительной.

Отдельная статья подразумевает привлечение к уголовной ответственности за активный и пассивный подкуп лиц, предоставляющих государственные услуги (аудиторы, нотариусы, оценщики, посредники, арбитры, т.е. те, которые не являются государственными служащими в местных органах власти, но осуществляют свою профессиональную деятельность, связанную с оказанием государственных услуг (при исполнении этих функций) (статья 368-4).

В своей оценке ГРЕКО рекомендовал «внести поправки в действующее уголовное законодательство в отношении подкупа в частном секторе для того, чтобы четко определить полный перечень лиц, которые осуществляют руководящие функции или работают, в любой должности, в любом юридическом лице частного сектора, как это указано в статьях 7 и 8 Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (ETS 173)».¹²¹

Возможно, самым развитым элементом в уголовном законодательстве в Европе в настоящее время является Закон **Соединенного Королевства** «О борьбе со взяточничеством». Этот закон распространяется на подкуп в государственном и в частном секторах, так как должность или деятельность, к которой относится подкуп, может быть любой государственной должностью, любой деятельностью, связанной с бизнесом, любой деятельностью, осуществляемой в процессе выполнения лицом работы по найму, или любой деятельностью, осуществляемой группой лиц (корпоративной или некорпоративной) или от ее имени - регулируется определенными условиями (статья 3).¹²² Соединенное Королевство трактует как правонарушение «неспособность коммерческой организации предотвратить подкуп, выплачиваемый в ее пользу или от ее имени».¹²³ Если организация способна доказать, что она «внедрила адекватные процедуры, предназначенные для предотвращения» подкупа лицом, имеющим к ней отношение (пункт 2 статьи 7).

Принципы

Принимая во внимание серьезный ущерб, который может причинить подкуп в частном секторе, поразительно наблюдать, как в большом количестве стран не отдается приоритет выявлению данного типа преступлений, даже если в их законодательстве не присутствуют положения, требующие наличие иска для возбуждения расследования. Тематический обзор ГРЕКО в рамках третьего раунда выявил, что:

«В достаточно большом количестве стран ГЕТ [GRECO Evaluation Team - Оценочная команда ГРЕКО] ознакомились с мнением о том, что подкуп в частном секторе

¹²⁰ Уголовный кодекс Criminal Code [*Кримінальний кодекс*], доступно на: <http://zakon2.rada.gov.ua>

¹²¹ ГРЕКО (2011 г.), *Оценочный доклад по Украине. Обвинения GRECO (2011)*, [*Evaluation Report on Ukraine. Incriminations*], доступно на: www.coe.int/greco

¹²² Закон «О борьбе со взяточничеством» от 2010 года [*Bribery Act*], доступно на: www.legislation.gov.uk/

¹²³ ГРЕКО (2012 г.) *Второй отчет об исполнении по Соединенному Королевству. Обвинения (ETS 173 и 191, GPC 2)*, стр.3. GRECO (2012) [*Second Compliance Report on the United Kingdom. Incriminations*], доступно на: www.coe.int/greco

*представляет собой менее серьезную форму коррупции, чем в государственном, где подкуп рассматривается как грубое нарушение доверия, которое общество оказало государственным институтам, в частности, судебному и законодательному. Эта характеристика наиболее часто встречается в Восточной Европе и отражает исторически сложившееся превосходство официальной власти над гражданином, но она также может быть обнаружена и в других странах. Отчет по Андорре, например, отображает четкое восприятие большинством собеседников подкупа в частном секторе как менее серьезного, чем в государственном. Это часто отражает неравенство между санкциями, доступными для применения в отношении подкупа в частном и государственном секторах, что рассмотрено ниже. Иногда оценочные отчеты отражают ситуацию, в которой национальное право включает положения по частному сектору, пусть даже и не совсем идеально, но отсутствие каких-либо дел, сопровождаемое преобладающим мнением, полученным от контактных лиц, опрошенных ГЕТ, убедительно указывает на то, что способность закона, благодаря пробелам в законодательстве или из-за отсутствия понимания, охватить подкуп в частном секторе вызывает определенные сомнения. Примером может быть дело по Боснии и Герцеговине».*¹²⁴

В большинстве стран правоприменительные принципы в отношении коррупции между частной компанией и государством и между частными компаниями отличаются. Общим признаком является создание специальных антикоррупционных органов по борьбе с коррупцией в частном секторе, организация финансируемых государством информационно-разъяснительных кампаний и мотивация населения на уведомление о совершении подобных правонарушений. В то время как, совершенно на законных основаниях, государство избирает менее навязчивый подход по отношению к частному сектору (многие инструменты по контролю коррупции, такие как публично разглашенные декларации об активах, были бы практически невыносимыми для руководителей частных компаний), отсутствие более активного участия достаточно удивительно. При анализе ситуации, стало возможным определить руководящие принципы и рекомендации для обеспечения соответствия стандартам, направленным на борьбу с коррупцией, так как фактически только одна серьезная политика, которая наряду с коррупцией в частном секторе, имеет целью подкуп между частными компаниями.

Например, Министерство внутренних дел Германии издало Практическую помощь для антикоррупционных мер, адресованную руководству компаний, а также тем, кто разрабатывает, внедряет и обеспечивает выполнение мер по проверке соблюдения. Руководство предоставляет методологию анализа риска с элементами, целью которых, совершенно очевидно, также являются и риски, обусловленные коррупцией между частными компаниями. Например, в Руководстве представлен вопрос о том, чтобы дать оценку тому, обладает ли сама организация стандартизированными процессами заключения договоров/закупок, которые обеспечивают конкурентоспособность и широко применяются на практике (включая систему внутреннего контроля, использование принципа двойного контроля (four-eye principle), разделение функций/структурных процессов и ротация должностей); имеет ли организация одобренные и разосланные всем правила в отношении принятия пожертвований (подарки больницам, приглашения) и работы по совместительству.¹²⁵

Согласно исследованию Университета имени Мартина Лютера Галле-Виттенберг и антикоррупционным программам PwC, можно правомерно ожидать, что немецкие предприятия удовлетворяют следующим четырем минимальным требованиям:

- Непрерывное разъяснение нормативных требований и обучение им;
- Проверка случайно выбранного персонала;
- Санкции за нарушения;

¹²⁴ Маколей Р. Борьба с коррупцией. Обвинения. Тематический обзор ГРЕКО в рамках третьего оценочного раунда, стр. 35-36. Macauley, R. [*Fighting Corruption. Incriminations. Thematic Review of GRECO's Third Evaluation Round*], доступно на: www.coe.int/greco

¹²⁵ Федеральное министерство внутренних дел. Практическая поддержка мер по борьбе с коррупцией Federal Ministry of Interior (2013), *Handbook on anti-corruption measures* [*Praktische Hilfestellungen für Antikorruptionsmaßnahmen*], доступно на: www.bmi.bund.de

- Занятая штатная должность руководителя, ответственного за обеспечение соблюдения, а также антикоррупционного представителя.¹²⁶

Юридически обязывающий характер этих требований обусловлен исполнительской дисциплиной статьи 130 Закона о «Правонарушениях, находящихся в юрисдикции регулятивных органов», которая предусматривает штраф до одного миллиона евро за неспособность владельца предприятия, намеренно или в силу халатности, обеспечить меры по надзору, которые могли бы предотвратить или значительным образом затруднить прочие нарушения.¹²⁷

Латвия является примером страны, где устранение коррупции в частном секторе являлось приоритетной задачей правоохранительных органов. В 2008 и 2009 годах не было выявлено никаких дел по активному или пассивному подкупу в частном секторе. Далее наблюдается постепенный рост: 1 дело было выявлено в 2010 году, 2 дела - 2011 году и 6 дел - в 2012 году.¹²⁸ Тем не менее, выявление дела не обязательно означает дальнейшее преследование и вынесение приговора. В начале 2013 года Управление по борьбе с экономическими преступлениями Государственной полиции имело в своем составе подразделение, в котором работали только два служащих, несущих прямую ответственность за данную сферу преступлений.¹²⁹ Несмотря на годы обсуждений о необходимости дополнения полномочий государственного Бюро по предотвращению и борьбе с коррупцией компетенцией по расследованию подкупа в частном секторе, предложение не было включено в повестку дня законодательного органа.

Закон «О борьбе со взяточничеством» Соединенного Королевства содержит положения, которые должны иметь предупреждающее действие против коррупции как в частном, так и государственном секторах, а именно, требования о том, чтобы Министр опубликовал «руководство о процедурах, которые соответствующие коммерческие организации могут применить для предотвращения участия в подкупе ассоциированных с ними лиц» (пункт 1 статьи 9).¹³⁰ В действующем руководстве предусмотрено шесть принципов - пропорциональные процедуры, обязательство на высоком уровне, оценка риска, всестороннее исследование деятельности компании, общение (включая обучение), а также мониторинг и пересмотр. Руководство по комплексной юридической оценке поясняет:

«Например, в ситуациях, когда уровень риска небольшой, коммерческие организации могут решить, что нет необходимости проводить комплексную юридическую оценку компании. В ситуациях с высоким уровнем риска, комплексная юридическая оценка может включать прямое опросное анкетирование, косвенные расследования или общее исследование предложенных ассоциированных лиц. Также, пропорционально установленным рискам, может потребоваться оценка и непрерывный мониторинг нанятых или привлеченных ассоциированных лиц. В целом, от потенциальных и существующих ассоциированных лиц, имеющих статус юридического лица (например, компании), может потребоваться больше информации, чем от физических лиц. Это объясняется тем, что на базовом уровне большее количество физических лиц может быть вовлечено в оказание услуг компанией, и сразу определить точный характер ролей данных физических лиц или иных связанных с ней субъектов может быть нелегко. Исходя из этого комплексная юридическая оценка компании может включать прямой запрос о деталях относительно биографии, знаний и делового опыта соответствующих

¹²⁶ PwC, Университет Мартина Лютера в Галле-Виттенберг (2013). Должностные преступления и корпоративная культура, стр.45 PwC, Martin-Luther-University Halle-Wittenberg (2013). *Economic Crime and Entrepreneur mind [Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur]*2013, p.45.

¹²⁷ Закон об административных правонарушениях *Law on Administrative Violations [Ordnungswidrigkeitengesetz]*, доступно на: <http://dejure.org>

¹²⁸ Министерство внутренних дел Латвийской Республики (2013), *О коррупционных преступлениях в частном секторе*, 18 февраля. Неопубликованное письмо [*Par koruptīviem noziedzīgiem nodarījumiem privātajā sektorā*], 18 February, unpublished letter.

¹²⁹ Информация, предоставленная Государственной полицией, на заседании Подкомиссии по борьбе с коррупцией Комиссии Сазайма по обороне, внутренним делам и предотвращению коррупции, г. Рига, Латвия, 19 февраля 2013 года.

¹³⁰ Закон *О борьбе со взяточничеством* от 2010 года [*Bribery Act*], доступно на: www.legislation.gov.uk

физических лиц. Эта информация может быть проверена посредством поиска и обращения к указанным рекомендациям, и т.д.»¹³¹

Следует отметить, что в данном примере, процесс комплексной юридической оценки компании должен проводиться относительно ассоциированных частных лиц. В то время, как предполагается, что компания занимается процессом комплексной юридической оценки компании частично для обеспечения себя правовой защитой в случае уголовного преследования (см. также Главу 3.4 о корпоративной ответственности за уголовные правонарушения), данный подход трансформирует направление, в котором функционируют отношения между двумя частными лицами. Общая тенденция по формированию более совершенного подхода показывает, что, на уровне предотвращения в рамках частных организаций, различие между подкупом государственных служащих или частных лиц не должно иметь большого значения (даже если сохраняется различие в определениях соответствующих уголовных правонарушений).

3.5.4 Заключение

В связи с отсутствием данных, трудно оценить реальный ущерб, причиненный коррупцией частному сектору в Российской Федерации. Тем не менее, многочисленные источники свидетельствуют о том, что нелегальные корпоративные рейдерские схемы часто включают в качестве необходимого элемента подкуп руководителей компании. Известно, что коррумпированные руководители компании делают ее уязвимой за счет злонамеренно создаваемых долгов, иного препятствования ее коммерческой деятельности или содействия в подделке документов компании.

В Российской Федерации совершение коммерческого подкупа подлежит уголовной ответственности. Однако, согласно оценкам ГРЕКО, соответствующие положения не полностью отвечают международным стандартам, т.е. к ответственности привлекаются только лица, широта полномочий которых превышают определенный уровень (исполнительные руководящие должности), а уголовное преследование возможно только при подаче иска организацией или с ее разрешения. В отличие от уголовного права российское антикоррупционное законодательство преимущественно ориентировано на выявление и борьбу с коррупцией в государственном секторе, а также с некоторой халатностью в частной сфере.

Несмотря на существование действующих международных стандартов, также многие другие государства, внедряя антикоррупционные принципы, часто полностью не понимают важности предотвращения и уголовного преследования подкупа между частными лицами. Более того, сохраняется большое разнообразие в положениях национального уголовного права европейских стран. Существующее разнообразие включает такие характеристики как привлечение к уголовной ответственности только за такие действия, о которых не было известно руководству юридического лица, ограничение распространения только на действия, совершенные в конкурентных целях, или значительно более низкие санкции, чем для коррупционных правонарушений в государственном секторе. Положительным моментом является тот факт, что наблюдается важная международная тенденция - разработка руководства и программ по предотвращению коррупции для компаний и совместно с ними.

3.6 Чрезмерное и неправомерное применение уголовного права при регулировании экономической деятельности

В России можно отметить злоупотребление или неправильное применение уголовного права в регулировании экономической деятельности, включая нарушение правовых принципов и обнаружение их отражения не только в законах и решениях суда, но также и практике правового принуждения. Инициирование уголовных дел возможно, когда следователи или прокуроры

¹³¹ Министерство юстиции, Закон *О борьбе со взяточничеством от 2010 года. Руководство о процедурах, которые соответствующие коммерческие организации могут применить для предотвращения участия в подкупе ассоциированных с ними лиц* [*The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*], доступно на: www.gov.uk

неправильно интерпретируют закон и путают границы между сферами деятельности уголовного и гражданского права, что обусловлено отсутствием знаний или злым умыслом.¹³²

Анализ существующей практики расследования и обзор уголовных дел в области экономических преступлений показывают, что инициирование уголовного разбирательства используется в качестве механизма для разрешения гражданских споров. Таким образом, корпоративный спор заменен уголовным преследованием. Инициирование уголовного разбирательства на основании иска одного участника или группы участников хозяйственного товарищества в отношении другого участника (или группы участников) того же товарищества относительно предполагаемой кражи имущества или злоупотребления полномочиями в их общей компании приводит к значительному психологическому и судебному давлению на одну из сторон того, что изначально является корпоративным спором (вплоть до заключения под стражу по статье 108 Уголовно-процессуального кодекса). Такие меры достаточно эффективно исключают возможность участия задержанного человека напрямую в разбирательствах и представить свою позицию суду. Более того, органы предварительного следствия имеют широкие полномочия по изъятию документов и иных вещей у третьих лиц, представляющих важность для расследования. Изъятие таких документов заранее до начала суда может лишить сторону доказательств и создать значительные препятствия для защиты интересов такого лица в судебном контексте.

Как злоупотребление уголовным правом, так и излишняя суровость наказания за экономические преступления в России, значительно выходят за рамки международной практики. Оба эти недостатка в уголовной сфере наносят вред экономическому развитию страны, и по этой причине идут вразрез с интересами государства.¹³³ При оценке фактов незаконного уголовного преследования бизнеса экспертами были подняты несколько вопросов. Они упомянули, что существуют неточности в составе преступления экономических правонарушений, таких как мошенничество, злоупотребление занимаемой должностью и незаконная предпринимательская деятельность.

Одним из положений Уголовного кодекса, подвергшихся наиболее широкому злоупотреблению, является **мошенничество**. Следственные органы рассматривают «мошенничество» как «резиновую статью», имеется в виду, что под нее можно подвести практически любую предпринимательскую деятельность. Между 2000 и 2010 годами доля дел, открытых по факту мошенничества, в общем объеме дел по экономическим преступлениям выросла с 33,6% до 56,8%.¹³⁴

Стороны корпоративного диспута обычно прибегают к обвинениям в том, что другая сторона **злоупотребила своими полномочиями**, нарушив статью 201 Уголовного кодекса.¹³⁵ Было спрогнозировано, что вслед за принятием амнистии по экономическим преступлениям (как статья 159 и статья 160), которые не распространяются на это положение, статья 201 будет все в большей степени подвержена злоупотреблению особенно со стороны следственных органов, так как ее формулировка достаточно расплывчата, а также в связи с тем, что возбуждение уголовного дела за злоупотребление полномочиями может быть сделано по долгу службы и не требует регистрации иска потенциальной потерпевшей стороны.

¹³²В других случаях полиция получает от предпринимателя деньги для открытия дела против его конкурента и заставляет потом платить за его закрытие: «Рейдерам почти всегда помогают чиновники органов госвласти» (заявление Бастрыкина // РИА «Новости». 2009. 12 окт.; С.Б. Поляков. «Условия российской правовой системы для заказных уголовных дел» // Адвокат, 2009, № 5; Выступление начальника Департамента собственной безопасности МВД России генерал-лейтенанта милиции Юрия Драгунцова на страницах журнала «Профессионал»

¹³³Питер Соломон мл. *Усовершенствование уголовного законодательства в Российской Федерации: бизнес-преступления и гуманизация* Peter Solomon Jr., [*Improving criminal law in the Russian Federation: Business crimes and humanization*], доступно на: <http://lecs-center.hse.ru>

¹³⁴ *Воздействие уголовной политики на экономику*, доступно на: www.lecs-center.org

¹³⁵«Использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства...наказывается...»

Незаконная предпринимательская деятельность¹³⁶, как объяснено в комментариях и Руководящих разъяснениях Верховного суда, обычно подразумевает нарушение правил регистрации и получения лицензий.¹³⁷ Но эти правила, являющиеся сами по себе частью административного права, подвергались частым изменениям и также подлежали административному санкционированию (нормальный способ усиления правил регистрации коммерческих предприятий в западных странах). Введение этих правонарушений в середине 90-х предоставило органам власти новый инструмент для возвращения контроля за экономической деятельностью после распада государства, владеющего промышленностью, и спонтанной приватизации, большая часть которой, по крайней мере частично, была проведена не по закону. Было ли признание статуса данного преступления необходимым в то время или нет (пик принудительного исполнения правовых актов пришелся на период между 1998 и 2002 годами), первоначальные основания для привлечения к ответственности за нарушение административных правил больше отсутствуют.¹³⁸

В других случаях, чрезмерное привлечение к ответственности за нарушения в **налоговой** сфере вызвано не только отсутствием особых положений, определяющих налоговое мошенничество и мошенничество по НДС, но также в связи с отсутствием координации между следственными и налоговыми органами.

Исследования также показали попытки государственных органов наложить чрезмерные штрафы на бизнес за совершение многочисленных преступлений. Если в 2005 году разница между уровнем преступности в расчете на человека (в делах, в которых были наложены многочисленные штрафы) и уровнем экономической преступности в расчете на человека (в делах, в которых были наложены многочисленные штрафы) составляла 9,5%, в 2006 году она выросла до 18,7%, в 2007 году - 21%, в 2009 - 34,4%.¹³⁹ Наложение многочисленных штрафов, когда многие из них неясно истолкованы, ведет к ужесточению наказания.

Настоящая глава преимущественно посвящена двум вопросам: чрезмерное привлечение к ответственности за мошенничество и отношения между налоговыми и следственными органами.

3.6.1 Законодательство в отношении мошеннической деятельности

3.6.1.1 Российская Федерация

Основная проблема, связанная с злоупотреблениями привлечением к уголовной ответственности за мошенничество, заключается в квалификации законной предпринимательской деятельности как уголовно наказуемого мошенничества в рамках уголовного права (в результате умышленных злоупотреблений со стороны правоохранительных органов или неверного и произвольного толкования определения «мошенничество» в уголовном праве).¹⁴⁰ Элементарное неисполнение договорных обязательств может рассматриваться как уголовно наказуемое мошенничество.

Статья 159 Уголовного кодекса предусматривает ответственность за мошенничество, совершенное лицом с использованием своего служебного положения. В отличие от других видов хищений,

¹³⁶ Статья 171 Уголовного кодекса определяет незаконную предпринимательскую деятельность следующим образом: Осуществление предпринимательской деятельности без регистрации или с нарушением правил регистрации, а равно представление в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, документов, содержащих заведомо ложные сведения, либо осуществление предпринимательской деятельности без лицензии в случаях, когда такая лицензия обязательна, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода в крупном размере наказуемо.

¹³⁷ В.И. Радченко, Комментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации (СПб.: Питер, 2007); А.А. Чекалин, Комментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации (М.: Юрайт, 2007).

¹³⁸ См. выше п. Питер Соломон мл.

¹³⁹ *Уголовная политика в сфере экономики* Liberal Mission (2011), [*Criminal policy in the economic sphere*], доступно на: <http://www.lecs-center.org>

¹⁴⁰ Яшина, Н. (2013), *От предпринимательства до мошенничества один шаг?*, Газета *Юрист*, доступно на: www.gazeta-yurist.ru

предусмотренных главой 21 Уголовного кодекса, мошенничество представляет собой хищение, совершенное путем обмана или злоупотребления доверием, в результате которого владелец имущества или иное лицо либо уполномоченный орган власти передают имущество или право на него другим лицам либо не препятствуют изъятию этого имущества или приобретению права на него другими лицами.

Врезка 5. Злоупотребления, связанные с применением статьи 159 Уголовного кодекса Российской Федерации

Как правило, граждане злоупотребляют своими гражданскими правами и обращаются в правоохранительные органы с обвинениями в совершении уголовного преступления (в соответствии со статьей 159) в адрес второй стороны, которая в установленный срок не исполнила свои обязательства по гражданско-правовому договору. Правоохранительные органы в свою очередь нарушают положения материального права, предъявляя обвинения в совершении преступления по статье 159 Уголовного кодекса (не удостоверившись должным образом в наличии у лица, привлеченного к уголовной ответственности, умысла, и не проведя проверку деятельности компании, которая находится в управлении данного лица).

В своем постановлении «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», принятом в декабре 2007 года, Пленум Верховного Суда дал разъяснения относительно толкования и применения статьи 159 Уголовного кодекса. Верховный Суд определил «мошенничество» как способ совершения хищения собственности путем обмана или злоупотребления доверием. Обман состоит в сознательном сообщении заведомо ложных, не соответствующих действительности сведений либо в умолчании об истинных фактах, направленных на введение потерпевшего в заблуждение. Обман относится к любым обстоятельствам.

Злоупотребление доверием заключается в использовании с корыстной целью доверительных отношений с владельцем имущества или иным лицом, уполномоченным принимать решения о передаче этого имущества третьим лицам. Доверие может быть обусловлено различными обстоятельствами, например служебным положением лица либо личными или родственными отношениями с потерпевшим.

Согласно толкованию Верховного Суда, злоупотребление доверием также имеет место в случаях принятия на себя лицом обязательств при заведомом отсутствии у него намерения их выполнить с целью безвозмездного обращения в свою пользу чужого имущества. Отсутствие намерения выполнить обязательства должно возникнуть до получения права распоряжаться чужим имуществом. В качестве свидетельств наличия такого рода умысла приводятся отсутствие у лица финансовой возможности исполнить обязательство, отсутствие необходимой лицензии, использование фиктивных документов, сокрытие информации о наличии задолженности, создание лжепредприятий. Однако указанные обстоятельства сами по себе не могут являться доказательством виновности лица.

Федеральным законом № 207-ФЗ от 29 ноября 2012 года в Уголовный кодекс были внесены поправки с целью разграничения ответственности за различные виды мошенничества, в том числе мошенничества в сфере предпринимательской деятельности. Уголовный кодекс, в частности, был дополнен статьями 159.1-159.6, предусматривающими ответственность за совершение мошенничества в сфере кредитования, предпринимательской деятельности, страхования, компьютерной информации, при получении выплат или с использованием платежных карт. Все указанные виды преступлений представляют собой специальные разновидности общего состава мошенничества, ответственность за которое предусмотрена в статье 159 Уголовного кодекса.

В статье 159.4 части 1 Уголовного кодекса под мошенничеством в сфере предпринимательской деятельности подразумевается преднамеренное неисполнение договорных обязательств в сфере предпринимательства. Формулировка носит достаточно общий характер. В законодательстве Российской Федерации не предусмотрены определения понятий «предпринимательство» и «преступление в сфере предпринимательской деятельности».

Статья 159.4, очевидно, предусматривает необходимость доказательства того, что лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью, совершило или пыталось совершить мошенничество путем в том числе умышленного неисполнения договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности. В ряде случаев положение лица, совершившего мошенничество, улучшается благодаря новым уголовно-правовым нормам. Так, согласно статье 10 Уголовного кодекса новые правовые положения имеют обратную силу.

В настоящее время в связи с тем, что лица, осужденные по статье 159.1 (мошенничество в сфере кредитования) и статье 159.4 (мошенничество в сфере предпринимательской деятельности), подпадают под амнистию, разрабатывается массовая переквалификация статьи 159 в статью 159.4. При этом амнистия не распространяется на лица, осужденные по «общей» статье 159 (мошенничество). Из-за отсутствия четких разграничений между определением «мошенничество» в целом и «мошенничество в сфере предпринимательской деятельности» некоторые суды пользуются существующей недоработкой и оставляют вопрос переквалификации без внимания. В рамках обзора судебной практики по делам, в которых был применен Федеральный закон № 207-ФЗ от 29 ноября 2012 года, утвержденный 4 декабря 2013 года Президиумом Верховного Суда Российской Федерации и 2 июля 2013 года постановлением Государственной Думы Российской Федерации № 2559-6 ГД, были даны пояснения относительно переквалификации.

3.6.1.2 Международные критерии: представление об обязательном наличии признаков недобросовестности и разграничение уголовной и гражданской ответственности

Учитывая существенные юридические проблемы, связанные с данным видом экономического преступления как на национальном, так и на международном уровне, Комитет Министров в своей рекомендации R (81)12 «О вопросах экономической преступности»¹⁴¹ предлагает государствам-членам пересмотреть свое законодательство в сфере предпринимательской деятельности с точки зрения необходимости способствовать применению единых и исчерпывающих стандартов, которые бы были понятны всем заинтересованным сторонам, а также образованию такой правовой системы, достаточно гибко реагирующей на преступления в сфере экономики, которые могут возникнуть в ходе экономического или технологического развития.

Мошенничество, как один из видов преступлений в сфере экономики, сложнее всего регулировать, поскольку схемы обмана, применяемые преступниками в отношении потерпевших, постоянно меняются.

Несмотря на отсутствие единого в странах Европейского союза определения «мошенничества», законодательство и судебная практика этих стран предусматривают обязательное наличие следующих признаков: наличие потерпевшей стороны, умышленное действие, введение в заблуждение относительно фактов (недобросовестность), наличие умысла извлечь финансовую выгоду или причинить финансовый ущерб третьей стороне, а также наличие противоправного действия.

Во всех странах не только регулируется основная модель мошенничества общего характера, но и предусмотрены специальные разновидности общего состава мошенничества, в том числе растрата и злоупотребление доверием, мошенничество в сфере торговли, компьютерное мошенничество, мошенничество при получении выплат, мошенничество в налоговой сфере, мошенничество при возмещении НДС, мошенничество в сфере инвестиций, мошенничество в сфере страхования, получение кредита обманом путем, мошенничество с чеками и кредитными картами.

Некоторые из указанных специальных видов мошенничества уже регулируются директивами и конвенциями ЕС.

¹⁴¹ Рекомендации R (81)12 Council of Europe, [[Recommendation R\(81\) 12 on Economic Crime](#)], доступно на: www.coe.int

В 1995 году ЕС была принята **Конвенция о защите финансовых интересов Европейских сообществ от 26 июля 1995 года**¹⁴², в которой было дано определение специальным видам мошенничества, в том числе мошенничеству в области расходов и в области доходов¹⁴³. **Директива 84/450 ЕЕС**¹⁴⁴ и **директива 2005/29 ЕС**¹⁴⁵ «О недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке» предусматривает частичное ограничение защиты от мошенничества с целью применения в отношении к среднестатистическому рациональному потребителю.

Указанные директивы способствуют унификации уголовного права и, в частности, в области мошенничества, по крайней мере, в отношении определенных видов мошенничества. Процесс унификации сформировался в конце 2009 года вместе с подписанием Лиссабонского договора, которым были внесены изменения в Договор о Европейском союзе.

3.6.1.3 Регулирование мошенничества в странах-членах Совета Европы

Страны-члены Совета Европы стремятся к применению трех моделей, основанных на более или менее ограничительном толковании недобросовестности мошенников, а также на значительности других составляющих признаков: первая модель ориентирована на хищение (*furtum*), вторая модель ориентирована на вводящее в заблуждение поведение (*falsum*), а третья модель - на материальный ущерб при расширительном толковании понятия «мошенничество».

Различия между европейскими странами в вопросе вводящего в заблуждение поведения обусловлены тем, насколько ограничительным является толкование такого поведения.

Во французской модели *escroquerie* (мошенничество) используется ограничительное понятие, основанное на требовании наличия обмана, предусмотренным в выражении *manoeuvres frauduleuses* (незаконное действие), однако при этом не включает в себя требование наличия материальной составляющей имущественного ущерба. Испанское право предусматривает требование наличия обмана при определении мошенничества. Аналогичным образом Уголовный кодекс Италии предусматривает требование *artifizi o raggiri* (надувательство), несмотря на то, что суды в конечном итоге дали свободное толкование понятию «обман».

Более широкое толкование понятия «мошенничества» существует в Соединенном Королевстве и в Германии. Британская модель построена на более широкой концепции, которая включает в себя любую разновидность обмана. Тем не менее, закон Соединенного Королевства о мошенничестве

¹⁴² Конвенция о защите финансовых интересов Европейских сообществ от 26 июля 1995 года [Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the protection of the European Communities' financial interest], 95/C 316/03, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu>

¹⁴³ Мошенничество в области расходов представляет собой любое действие или умышленное бездействие с использованием или предоставлением ложных, не соответствующих действительности или неполных отчетов или документов с целью хищения или неправомерного удержания денежных средств из бюджетов Европейских сообществ или бюджетов, находящихся в управлении Европейскими сообществами, либо управляемыми от их имени; отказ от раскрытия информации в нарушение специального обязательства с аналогичной целью; незаконное использование указанных денежных средств в целях, отличных от тех, на которые они изначально были выделены.

Мошенничество в области доходов предусматривает любое действие или умышленное бездействие с использованием или предоставлением ложных, не соответствующих действительности или неполных отчетов или документов с целью незаконного сокращения доходов в общий бюджет Европейских сообществ или бюджетов, находящихся в управлении Европейскими сообществами, либо управляемыми от их имени; отказ от раскрытия информации в нарушение специального обязательства с аналогичной целью; незаконное использование законно полученных выплат с аналогичной целью.

¹⁴⁴ Директива 84/450 ЕЕС [Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising], доступно на: <http://eur-lex.europa.eu>

¹⁴⁵ Директива 2005/29 ЕС¹⁴⁵ [Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive)], доступна на: www.esma.europa.eu

2006 года (British Fraud Act) не предусматривает возможность причинения ущерба и дает более широкое определение понятию «действия, совершенные обманом», которое включает в себя предполагаемое введение в заблуждение или неправомерное бездействие, включая совершение обмана с помощью компьютеров и системных технологий, а также обман в сфере правовых вопросов. В Германии в основу положения о мошенничестве, совершенном обманом («Betrug») положен квалифицирующий признак причинения имущественного ущерба, который суды Германии дополнили, поставив во главу угла экономические последствия такого правонарушения. Однако в последнее время столь широкое понятие мошенничества, совершенного обманом и с причинением финансового ущерба, было значительно сужено и стало предусматривать необходимость наличия угрозы для собственности или обманное склонение к подписанию договора.

В скандинавских странах применяется крайне широкое понятие «мошенничества» как использование ошибки другого лица в своих интересах при обязательном условии наличия незаконных действий.

Во всех рассмотренных странах верховные суды проделывают как правило большую работу, давая пояснение тому, что является признаком мошенничества, с целью разграничения его разновидностей и предпосылок для привлечения к гражданской или уголовной ответственности. В руководстве по правовым вопросам, изданном Королевской прокурорской службой Соединенного Королевства применительно к Закону о мошенничестве 2006 года, подчеркивается, что прокуроры обязаны не допускать применения уголовного права с целью взыскания задолженности или защиты экономических интересов компаний или учреждений. Не допускается применение уголовного права для защиты конфиденциальных сведений частных лиц.

Судебное толкование меняется в соответствии с этапами развития общества, в рамках которого действия, направленные на склонение к совершению ошибочных действий и влекущие за собой причинение материального ущерба, со временем видоизменились, а единый подход стал рассматриваться как не соответствующий основополагающим принципам причинно-следственной связи между деянием и причинением ущерба.

Как было указано выше, несмотря на различия в определении мошенничества, за последние несколько лет судебная практика в большинстве европейских стран свидетельствует об ужесточении требований по отношению к поведению исполнителя преступления, которое, в частности, должно включать в себя конкретное манипулирование / обман с целью склонения потерпевшего к совершению ошибки. Благодаря этим установленным требованиям удалось провести более четкое разграничение между мошенничеством гражданского и мошенничеством уголовного характера в сфере договорных отношений.

Италия

В части мошенничества общего характера предусматривается наказание для тех лиц, которые путем махинация или обмана склонили кого-либо к совершению ошибочных действий и тем самым получили незаконную выгоду за счет причинения ущерба третьим лицам (статья 640 Уголовного кодекса)¹⁴⁶. Для такого преступления предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок от шести месяцев до трех лет.

Данное положение общего характера применяется в тех случаях, которые не относятся к специальным видам мошенничества, и четко предусматривает наличие отягчающих обстоятельств при условии совершения мошенничества в ущерб государству, для которого предусматривается более строгое наказание в виде лишения свободы сроком до пяти лет.

¹⁴⁶ Законодательством предусматривается наказание для «каждого, кто путем обмана (*artifizi o raggiri*) склоняет другое лицо к совершению ошибочных действий с целью получения выгоды для себя или третьих лиц путем причинения ущерба потерпевшей стороне». Более строгое наказание предусматривается в случае совершения мошенничества в ущерб государству... в случае совершения преступления путем внушения потерпевшему страха перед воображаемой опасностью, либо ложным внушением убежденности, что потерпевший должен выполнить предписания органов власти.

Махинации и обман определяются как разные виды деяний; под махинациями понимается *mise en scène*, то есть введение в заблуждение относительно реального положения дел с целью убедить потерпевшего в существовании чего-либо воображаемого или отсутствии чего-либо реально существующего, в то время как под обманом понимается психологическое манипулирование путем обмана и применения хитрости с целью склонения потерпевшего к совершению ошибочных действий.

В Италии нарушение договорных обязательств является уголовно наказуемым деянием только в тех случаях, когда имело место склонение второй стороны к подписанию договора путем махинаций или обмана. Под махинациями и обманом может пониматься и бездействие, когда одна сторона недобросовестным образом утаила от другой стороны сведения об обстоятельствах, о которых она была обязана сообщить независимо от того, насколько вторая сторона в силу собственной разумной осмотрительности может узнать о данных обстоятельствах самостоятельно¹⁴⁷. Обязанность ставить вторую сторону в известность может проистекать из общих правил поведения, а не только из законодательных норм¹⁴⁸.

Например, верховный суд постановил, что продажа недвижимости с целью последующего ее использования в качестве жилого помещения при условии нахождения здания в районе, где разрешено размещение только гостиниц, приравнивается к мошенничеству, поскольку продавец утаил соответствующую информацию¹⁴⁹. Предварительная продажа здания, которое уже было продано третьему лицу, также рассматривается как мошенничество в том случае, если продавец не сообщил покупателю о предыдущей сделке купли-продажи независимо от того, была ли эта сделка действительной или нет¹⁵⁰.

То обстоятельство, что выплачена была справедливая стоимость, не является основанием не признавать факт мошенничества, в случае если без махинаций и обмана одной из сторон договор не был бы подписан¹⁵¹.

Мошенничество может быть совершено и на этапе исполнения договора в случае, если в целях уклонения от или отсрочки возврата полученных средств кредиторам должник предоставляет недействительные гарантии и тем самым вводит в заблуждение относительно своей платежеспособности.¹⁵²

Франция

Законодательство и судебная практика Франции крайне ограничительны в отношении мошенничества, так как статья 313-1 Уголовного кодекса Франции¹⁵³ предусматривает наказание для физических лиц, совершивших обман в отношении других физических лиц или организации только в тех случаях, когда обман был совершен конкретными способами: в частности, путем использования вымышленного имени или фиктивного служебного положения, путем злоупотребления настоящим служебным положением, путем совершения незаконных действий, в результате которых физическое лицо или организация перевели денежные средства или право на собственность, или оказали услуги в ущерб себе или третьему лицу.

¹⁴⁷ Постановление Кассационного Суда, Секция II, от 30 октября 2009 года, № 41717

¹⁴⁸ Постановление Кассационного Суда, Секция II, от 02.03.1996

¹⁴⁹ Постановление Кассационного Суда, Секция III, от 15 января 2007 года, № 563

¹⁵⁰ Постановление Кассационного Суда, Секция I, от 12 июня 2006 года, № 19996

¹⁵¹ Постановление Кассационного Суда, Секция II, от 22 декабря 2008 года, № 47623

¹⁵² Постановление Кассационного Суда, Секция II, от 14 февраля 2012 года, № 5572

¹⁵³ Мошенническое приобретение представляет собой обман физического или юридического лица путем использования вымышленного имени или фиктивного служебного положения, путем злоупотребления настоящего служебного положения, либо путем совершения незаконных действий, в результате которых лицо в ущерб себе или третьему лицу перевело денежные средства, право на ценное или иное имущество, оказало услуги или дало согласие на действия, которые накладывают или снимают обязательства. Для мошеннического приобретения предусматривается наказание в виде лишения свободы сроком на пять лет и наложением штрафа в размере 375 000 евро [*Code pénal*], доступно на: www.legifrance.gouv.fr

Преступления по данной статье наказываются лишением свободы сроком на пять лет и наложением штрафа в размере 375 000 евро. Однако в ряде случаев статья 313-2 предусматривает более строгое наказание в зависимости от того, кто совершил мошенничество. Для мошенничества предусматривается наказание в виде лишения свободы сроком на семь лет и наложения штрафа в размере 750 000 евро в случае, если оно было совершено:

- лицом, занимающим общественную должность или находящимся на государственной службе;
- лицом, которое незаконным образом взяло на себя полномочия лица, находящегося на государственной службе;
- лицом, которое обратилось к обществу.

В соответствии со статьей 313-9 юридическое лицо может в том числе быть наказано штрафом в размере, в пять раз превышающем штраф для физических лиц, помещением под судебный надзор на срок до пяти лет или лишением права участвовать в государственных тендерах.

Кассационный суд при толковании определения «мошеннические махинации» неизменно постановлял необходимость наличия стечения обстоятельств, плана, организации мошеннических действий, инсценировки с целью заставить поверить в ложную информацию¹⁵⁴.

В отличие от судей Германии, Италии и Швейцарии, суды Франции не квалифицируют обычную ложь как мошенничество. То, какая именно ложь, значения не имеет - она может быть в устной или письменной форме, связанной в первую очередь с поддельными счетами, поддельными поручениями, неоднократная или разовая ложь, ложь тем или иным способом массово распространяемая или адресованная одному потерпевшему. В этом отношении судебная практика Франции довольно последовательна: какой бы ни была ложь, она не является достаточным основанием для привлечения к уголовной ответственности. Ложь должна иметь место в рамках мошеннических действий кроме тех случаев, которые предусмотрены законодательством.

Аналогичным образом Верховный суд отметил, что недобросовестная реклама (то есть вводящая в заблуждение) в том числе на плакатах, стендах, листовках или рекламных модулях в печатной прессе, больше не является всего лишь ложью, многократной или однократной, а представляет собой фактическую инсценировку ложного сообщения с целью заставить в него поверить. Было установлено, что раздача рекламно-информационных листовок, в которых ложно утверждалось, что у ответчиков был подписан договор с одной из крупнейших компаний, представляла собой аферу, элемент состава мошенничества¹⁵⁵.

Например, «открытие банковского счета исключительно с целью получения чековой книжки и создания таким образом ложного впечатления о своей платежеспособности, а также выписывание чеков для получения товаров при наличии изначального умысла их не оплачивать, рассматривается как элемент мошеннических действий».

В соответствии с законодательством Франции, мошенничество является действием, а не бездействием, что подтверждается требованием к наличие специальных видом обмана, предусмотренных в статье 313.1. Верховный суд не признал факт мошенничества в деле, в котором обвиняемый умолчал о расторжении агентского договора и получил от клиента денежные средства, причитающиеся тому лицу, интересы которого он представлял; суд аналогичным образом исключил мошенничество в деле, в котором физическое лицо при получении крупного кредита скрыло информацию о своем банкротстве, и признал, что такое сокрытие информации не может рассматриваться как недобросовестное деяние.

В этом плане законодательство Франции сильно отличается от законодательства других стран, например, Германии или Швейцарии, где бездействие также может рассматриваться как мошенничество в том случае, если физическое лицо, не сообщившее кому-либо о своей ошибке

¹⁵⁴ Crim. May 11, 1971, Bull. crim. No. 145

¹⁵⁵ Cass.Crim, May 18, 1981, No. 80-91888

или определенных обстоятельствах, и тем самым введшее его в заблуждение, может быть привлечено к ответственности за мошенничество.

В соответствии с законодательством Германии, обмен потерпевшего может иметь место вследствие бездействия, однако по законодательству Франции в составе мошеннического деяния должны входить позитивные действия. Ряд деяний, которые являются наказуемыми в соответствии с законодательством Германии, во французском уголовном праве таковыми не являются. Таким образом, законодательство Франции придерживается иной логики, чем уголовное право Германии; статья 313-1 Уголовного кодекса Франции предусматривает только защиту осмотровых потерпевших.

Испания

В соответствии с законодательством Испании, которое претерпело ряд изменений за последние несколько лет, понятие «мошенничества» включает в себя обязательное наличие обмана. Законодательством Испании, которое изначально было скопировано с французской модели, в положение об *estafa* нового Уголовного кодекса 1995 года было добавлено требование о том, что правонарушитель должен совершить такого рода обман (*engaño bastante*), который был бы достаточным для склонения к ошибочным действиям¹⁵⁶. Особое внимание уделяется личности потерпевшего от мошенничества, как одному из значимых факторов для привлечения к уголовной ответственности с точки зрения того, насколько обман был достаточным для склонения здравомыслящего человека к совершению ошибочных действий.

Верховный суд в своих определениях (*Sentencia del Tribunal Supremo*, далее STS) № 484/2008 от 5 мая и № 787/2011 от 14 июля определил аферу как «организованную кем-либо махинацию с целью заставить поверить в отсутствие чего-либо реально существующего с тем, чтобы склонить другое лицо к совершению ошибочных действий, введя его в заблуждение и заставив передать товар инициатору деяния, что привело к незаконному обогащению инициатора и финансовым потерям потерпевшего».

В соответствии с принципами доктрины и юриспруденции¹⁵⁷, элементами состава мошенничества являются: 1) Предшествующий обман со стороны правонарушителя, являющийся достаточным для создания недопустимой угрозы соблюдению законного права; должны быть установлены соответствие или соразмерность обмана согласно сочетанию объективных и субъективных стандартов, основанных на оценке уровня осведомленности среднестатистического гражданина, а также конкретных обстоятельств дела. 2) Обман должен привести к совершению потерпевшим ошибочных действий. 3) Ошибочные действия должны привести к передаче чего-либо инициатору мошенничества или третьей стороне. 4) Обман должен быть совершен намеренно и ради выгоды. 5) Обман должен привести к причинению потерпевшему убытков, связанных напрямую с обманными действиями правонарушителя.

Разница между мошенничеством, совершенного в рамках гражданского права, и мошенничеством, совершенным в рамках уголовного права, в Испании

¹⁵⁶Статья № 248 (Мошенничество)

1. Мошенничеством является обман или злоупотребление доверием другого лица с целью хищения чужого имущества или приобретения права на чужое имущество путем обмана.

2. Мошенничеством также считаются следующие действия:

а) осуществление неправомерных манипуляций какой-либо информацией с целью обмана или злоупотребления доверием другого лица и, как следствие, получение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана;

б) мошенниками считаются те лица, которые производят, используют, владеют или осуществляют сбыт компьютерных программ, с помощью которых возможно осуществление каких-либо мошеннических действий;

с) мошенниками считаются те лица, которые используют кредитные или дебетовые карты, дорожные чеки, или информацию, содержащуюся на них, для осуществления каких либо действий с целью получения чужого имущества или приобретения права на чужое имущество путем обмана.

¹⁵⁷ STS 465/2012 от 1 июня

Верховный суд в своем определении № 109/2013 от 17 января напомнил, что «в делах, касающихся преступления против собственности различие между мошенничеством, совершенным в рамках гражданского права, и мошенничеством, совершенным в рамках уголовного права, заключается в характере мошенничества, то есть уголовная ответственность предусматривается только том случае, если поведение представителя считается преступным и рассматривается как мошенничество в соответствии с положениями уголовного кодекса, при этом не каждое нарушение условий договора является наказуемым, поскольку правовая система предусматривает способы восстановления верховенства права в случае его нарушения, а защищаемые интересы носят исключительно частный характер».

Если перенести данное различие в область предпринимательской деятельности, то мошенничеством будет считаться только обман, совершенный еще на начальном этапе нарушения обязательств по договору, например, в случае, когда одна сторона изначально представила неверные сведения о своей платежеспособности с целью подписания договора и без какого-либо намерения исполнить свои договорные обязательства.

Изначальное наличие обмана на начальном этапе нарушения обязательств по договору приводит к совершению мошенничества, так как с самого начала существует несоответствие между внутренним намерением одной стороны не исполнять свои обязательства в соответствии с условиями договора и показным и вводящим в заблуждение представлением сведений другой стороне, которая свои обязательства по договору исполнять собиралась¹⁵⁸.

В своем определении № 352/1997 от 18 марта Верховный суд также признал, что «иногда сложно провести границу между мошенничеством, совершенным в рамках гражданского права, и мошенничеством, совершенным в рамках уголовного права, однако последнее может быть определено в том случае, если деяние в полном объеме соответствует положениям уголовного права. Это происходит в том случае, если при внешней готовности исполнять договорные обязательства существует намерение скрыть или утаить сведения, либо представить недостоверные сведения, в результате чего другая сторона совершает ошибочные действия, происходит передача имущества, вторая сторона несет убытки, либо сторона, которая прибегла к обману с целью получения выгоды, незаконно обогащается»¹⁵⁹.

В соответствии с STS 61/2004 от 20 января, *engano* (обман) происходит в том случае, если его инициатор создает ложное представление о степени серьезности своего намерения соблюдать условия договора, однако при этом намерен воспользоваться услугами, которые вторая сторона согласилась предоставить, и скрывает намерение не выполнять свои обязательства по договору, то есть злоупотребляет доверием и добросовестностью потерпевшего от мошеннических действий.

Верховный суд также уточнил, что мошенничество отсутствует в том случае, если мошеннический умысел не соблюдать условия договора возник после подписания договора. Вне всяких сомнений, намерение должно возникнуть ранее всех остальных элементов состава мошенничества¹⁶⁰.

В судебной практике Испании также указано, что введение в *заблуждение* (*simulacion*) относительно намерения не исполнять договорные обязательства подразумевает наличие *обмана* (*engano*), достаточно для того, чтобы обмануть другую сторону и склонить ее к совершению ошибочных действий. В случае мошенничества его инициатор с самого начала знает, что он не будет или не сможет соблюдать условия договора¹⁶¹.

Между обманом и нанесением ущерба второй стороне должна существовать причинно-следственная связь, а инициатор мошенничества должен осознавать, что его действия приведут к ошибочным действиям и нанесению ущерба.

¹⁵⁸ STS 14 июня 2005 года

¹⁵⁹ см. также STS 1045/1994 от 13 мая и 987/1998 от 20 июля

¹⁶⁰ STS 393/1996 от 8 мая

¹⁶¹ STS 1045/1994 от 13 мая

Кроме того, в определении № 1117/1996 от 31 декабря говорится о том, что «если в случае мошенничества, совершенного в рамках гражданского права, использование обманчивых формулировок или совершение махинаций одной стороной с целью склонения другой стороны к подписанию договора, все еще допускает вероятность, даже крайне небольшую, соблюдения условий договора, то в уголовном праве инициатор нарушения договора должен иметь умысел или ясное понимание невозможности или крайне маловероятного исполнения договорных обязательств».

В своем решении 2202/2002 от 2 января Верховный суд постановил, что «несоразмерная оценка стоимости товара не является мошенничеством в случае, если такого рода несоответствие было очевидным для объектов мошенничества и у них была возможность выяснить истинную рыночную стоимость собственности, в том числе путем проверки сведений в государственном реестре».

В определении № 274/2012 от 4 апреля говорится, что ложь «не обязательно является искажением истины, так как обман подразумевает не только сокрытие истины, но и понимание, что это сокрытие и умысел или намерение скрыть ее от потерпевшего (намерение утаить)».

Мошенничество будет совершено при условии наличия любого из двух факторов - понимания, что обман приведет к совершению ошибочных действий, или вероятности склонения другой стороны к совершению ошибочных действий¹⁶².

Кроме того, верховный суд рассмотрел вопрос различия между мошенничеством и присвоением чужого имущества.

В своих определениях № 104/2012 от 23 февраля и № 236 /2012 от 22 марта суд отметил, что даже несмотря на то, что присвоение чужого имущества приводит к таким же последствиям, в частности к обогащению за счет чужого имущества и путем нанесения ущерба, существует существенная разница между этими двумя понятиями, которая заключается в наличии умысла. Если в случае мошеннической махинации обманные действия совершаются путем злоупотребления добросовестностью и доверчивостью или мнением потерпевшего, то в случае присвоения чужого имущества вопрос заключается не факте обмана, а в злоупотреблении доверием, которым пользовался правонарушитель.

В состав присвоения чужого имущества не входит обман как значимый признак или основание для совершения противоправных действий, однако входит корыстный умысел, возникший после того, как правонарушитель получил в собственность имущество другого лица. Это означает, что в случае установления доверительных отношений правонарушитель не имел преступного умысла, однако после получения имущества он нарушил доверительные отношения и достигнутое между ним и другой (потерпевшей) стороной соглашение, распорядившись имуществом таким образом, как если бы он был его собственником или используя имущество в других целях, отличных от предусмотренных соглашением. Для признания факта мошеннического обмана необходимо наличие правонарушения, вызванного ошибочной передачей имущества правонарушителю¹⁶³.

Германия

В Германии определение мошенничеству приведено в §263 Уголовного кодекса Германии (*Strafgesetzbuch, StGB*)¹⁶⁴. Для данного преступления предусматривается наказание в виде лишения

¹⁶² STS от 23 апреля 1992 года

¹⁶³ SSTS 224/1998 от 26 февраля, 767/2000 от 3 мая, 867/2000 от 29 июля, 210/2002 от 15 февраля, 5/2003 от 14 января, 84/2005 1 февраля, 1210 /2005

¹⁶⁴ (1) Любое лицо, намереваясь получить для себя или третьего лица противоправную имущественную выгоду, причиняет вред имуществу другого лица тем, что вводит в заблуждение или поддерживает это заблуждение, утверждая заведомо ложные факты или искажая, или скрывая подлинные факты, наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом.

(2) Покушение наказуемо.

свободы на срок до пяти лет или штраф. В этом заключается отличие от наказания, предусмотренного во Франции, где за нарушение законодательства о мошенничестве предусматривается наказание в виде одновременно лишения свободы и штраф. Важным является то, что попытка мошенничества тоже является наказуемой в соответствии с пунктом 2 §263.

Предусматривается и более строгое наказание в виде лишения свободы на срок от шести месяцев до десяти лет в случае классификации мошенничества как «особо тяжкие случаи» (организованное преступление, имущественный ущерб в крупном размере, представление опасности причинения имущественного вреда большому количеству людей, введение другого лица в бедственное экономическое положение, злоупотребление должностным положением).

В Германии в основу положения о мошенничестве, совершенном обманным путем («Betrug») положен квалифицирующий признак причинения имущественного ущерба, который суды Германии дополнили, поставив во главу угла экономические последствия такого правонарушения. Немецкие суды приняли более широкое понятие обмана, которое включает в себя ненадлежащее бездействие. Однако в последнее время столь широкое понятие мошенничества, совершенного обманным путем и с причинением финансового ущерба, было значительно сужено и стало предусматривать необходимость наличия угрозы для собственности или обманное склонение к подписанию договора.

Германия в своем подходе также старается гарантировать наличие объективных оснований для рационального принятия решений. Однако эта попытка по большей части оказалась unsuccessful из-за введения «внутренних» факторов, таких как намерение или убеждение. В случае если значительная часть вины лежит на потерпевшем, привлечение к уголовной ответственности за совершение мошенничества немецким правом рассматривается как неправомерное.

Недавно Федеральный суд Германии ввел более ограничительное толкование мошенничества и добавил требование, в соответствии с которым правонарушитель должен совершить обман. Привлечение к уголовной ответственности в соответствии с §263 пункт 1 Уголовного кодекса предусматривается в том случае, если другое лицо было обмануто относительно обстоятельств и, следовательно, склонено к совершению ошибочных действий, приведших к потере его имущества¹⁶⁵. Насколько потерпевшая сторона могла распознать обман, значения не имеет¹⁶⁶. Обман представляет собой представление недостоверной информации или искажение, либо сокрытие истинных обстоятельств. Под действие §263 Уголовного кодекса подпадает только представление недостоверной информации¹⁶⁷.

(3) В особо тяжких случаях наказанием является лишение свободы на срок от шести месяцев до десяти лет. Особо тяжкий случай, как правило, имеет место, если лицо

- а) действует в виде промысла или как член банды, которая организовалась для постоянного совершения подделки документов или обмана;
- б) причиняет имущественный ущерб в большом размере или действует с намерением подвергнуть большое количество людей опасности причинения имущественного вреда путем постоянного совершения мошенничества,
- в) ставит другое лицо в бедственное экономическое положение;
- г) злоупотребляет своими полномочиями или своим положением должностного лица; или
- д) фальсифицирует застрахованный несчастный случай, после того как оно или другое лицо с этой целью поджигает вещь, имеющую значительную стоимость, или путем поджога полностью или частично ее разрушает, или топит корабль или сажает его на мель.

(4) §243 пункт 2, §247 и §248a применяются *mutatis mutandis*.

(5) Лишением свободы на срок от одного года до десяти лет, в менее тяжких случаях — лишением свободы от шести месяцев до пяти лет наказывается тот, кто в виде промысла совершает мошенничество в качестве члена банды, организованной для постоянного совершения наказуемых деяний, указанных в §§263-264 или §§ 267-269.

(6) Суд может распорядиться об установлении надзора за поведением осужденного (§68 пункт 1).

(7) §§43a и 73d подлежат применению, если лицо действует как член банды, которая организовалась для постоянного совершения наказуемых деяний, предусмотренных в §§263-264 или §§267-269. §73d подлежит применению и в том случае, когда лицо действует в виде промысла.

¹⁶⁵ BGH, решение v. 13.1.2010

¹⁶⁶ BGH при достаточно тщательном рассмотрении, определение от 22.10.1986

¹⁶⁷ BGH, постановление от 6.9.2001

Однако оценочные суждения, такие как правовая позиция, мнение, утрированные рекламные советы или прогнозы не подпадают под действие §263 Уголовного кодекса¹⁶⁸.

Согласно общепринятому в праве и литературе принципу, обман заключается не только в явно выраженном заявлении, в том числе заявлении, не соответствующем действительности, но в соответствии с пунктом 1 §263 Уголовного кодекса обман может быть совершен косвенно, в частности путем обманчивого поведения, которое побуждает другую сторону поверить в ложную информацию, даже если при этом ничего не говорилось¹⁶⁹.

Для того, чтобы определенное поведение рассматривалось как мошенничество, оно должно содержать в себе прямое намерение обмануть другое лицо, поскольку обман не может быть просто вероятным исходом.

Если инициатор обмана лишает кредитора возможности взыскать причитающиеся ему средства или отлагает ее путем обмана кредитора или обещаний по поводу платежей или личных гарантий, это рассматривается как отложенное мошенничество. Такого рода отложенное мошенничество является наказуемым только в том случае, если со временем вероятность взыскания снижается и снижается стоимость кредитных средств¹⁷⁰.

В случае договора займа мошенничество может возникнуть в том случае, если выплаты происходят при менее надежных для кредитора обстоятельствах, когда их получение сопряжено для него с трудностями и в особенности, когда оно происходит без участия должника¹⁷¹.

Объем финансовых потерь можно определить путем сравнения финансового положения потерпевшего до и после выдачи кредита¹⁷². Мошенничество может возникнуть и в случае обмана, затрагивающего вопрос надежности выплаты займа. В таких делах для расчета ущерба может быть необходимо оценить гипотетическую сумму, которая была бы получена в случае отсутствия обмана¹⁷³.

Если финансовый ущерб не может быть доказан, может возникнуть необходимость рассмотрения дела с точки зрения мошенничества при кредитовании в соответствии с §265b Уголовного кодекса. Кредитование несет в себе риски. Таким образом, соответствующее понятие финансовых потерь в значении §263 Уголовного кодекса в таких случаях заключается в различной оценке рисков, связанных с возвратом заемных средств¹⁷⁴.

Если целью обмана было получение займа, то мошенничество может возникнуть в том случае, если в результате обмана займ был выдан с учетом иных расчетов риска¹⁷⁵. Мошенничество не может иметь место в том случае, если его инициатор ставил перед собой иную цель, например «преподать потерпевшему урок», лишь предвидя при этом возможную имущественную выгоду¹⁷⁶.

В соответствии с пунктом 1 §263 Уголовного кодекса, для привлечения к уголовной ответственности необходимо чтобы инициатор действовал с четким пониманием незаконности получения планируемой финансовой выгоды¹⁷⁷.

Мошенничество возникает в том случае, если одно лицо обманывает другое лицо с целью

¹⁶⁸ BGN, постановление от 6.9.2001

¹⁶⁹ BGN, постановление от 26.4.2001

¹⁷⁰ BGN, постановление от 19.6.1951

¹⁷¹ BGN, постановление от 5.5.2009

¹⁷² BGN, постановление от 4.3.1999

¹⁷³ BGN, постановление от 27.3.2003

¹⁷⁴ BGN, постановление от 13.4.2012

¹⁷⁵ BGN, постановление от 13.4.2012

¹⁷⁶ BGN, постановление от 24.5.2011

¹⁷⁷ Федеральный суд, определение от 09/19/1952

заставить его вложить денежные средства в то, что недобросовестно выдается за разумное инвестирование, при том, что инициатор фактически предвидит возможность потери всех средств¹⁷⁸.

Мошенничество и присвоение чужого имущества отличаются тем, что в первом случае правонарушитель при исполнении своих текущих обязанностей по управлению имуществом обманным путем причинил ущерб, нарушив свое обязательство следить за вверенным ему имуществом¹⁷⁹.

Соединенное Королевство

Закон о мошенничестве 2006 года отменил ряд правонарушений, которые в соответствии с Законом о краже 1968 года квалифицировались как обман, в частности это - получение (1) имущества, (2) денежных переводов, (3) услуг, (4) имущественной выгоды за счет обмана, (5) избежание обманным путем ответственности и реализаций ценных бумаг обманным путем.

Все указанные правонарушения были заменены общим понятием мошенничества, которое может быть совершено тремя способами: путем предоставления недостоверной информации, путем отказа раскрыть информацию или путем злоупотребления своим положением. Если ответчик недобросовестно и с умыслом получает выгоду или причиняет ущерб, совершая одно из трех указанных действий, он совершает преступление¹⁸⁰.

Мошенничество, совершенное путем введения в заблуждение

Основным признаком мошенничества, совершенного путем введения в заблуждение, является совершение лицом:

- i. недобросовестного предоставления недостоверной информации; и
- ii. намерения с помощью представления недостоверной информации
 - a. получить для себя или иного лица выгоду, или
 - b. причинить ущерб другому лицу или подвергнуть его опасности такого ущерба.

По сути ни ущерб, ни выгода не являются настолько обязательным признаком, насколько им является умысел. Не обязательным даже является участие обманываемого лица или наличие для него каких-либо последствий. Такая формулировка была разработана специально для технологических мошеннических действий, таких как фишинг, при котором невидимые мошенники, представляясь сотрудниками банков или иных заслуживающих доверия хранителей финансовых интересов, стараются заставить людей раскрыть свою личную информацию.

Actus reus (Состав преступления) требует от ответчика предоставления недостоверной информации. Информация рассматривается как недостоверная в том случае, если она не соответствует действительности или вводит в заблуждение, а лицо, которое ее предоставляет, осведомлено о том, что она является или может являться не соответствующей действительности или вводящей в заблуждение. Фактическое понимание того, что представленная информация может не соответствовать действительности не подразумевает понимание рисков, связанных с ее недостоверностью.

Например, если ответчик использует свою кредитную карту, зная, что он превысил допустимый кредитный лимит, то недостоверная информация будет заключаться в том, что у него были полномочия использовать данную карту, а ее эмитент авторизовал транзакцию (Р. против Бамбье (*R v Lambie*) [1982] A.C. 449 HL). В случае поддельных документов предоставление недостоверной информации будет заключаться в том, что документ выдан за подлинный и соответствующим образом принят.

¹⁷⁸ см. BGH, постановление от 4.12.2002

¹⁷⁹ BGH, постановление от 01.15.1991 - 5 StR 435/90

¹⁸⁰ Закон о мошенничестве 2006 года заменил правонарушение в сфере получения обманным путем услуг на недобросовестное получение услуг. Суть правонарушения заключается в недобросовестном получении услуг без их оплаты при наличии умысла не оплачивать их в полном объеме или частично.

В руководстве по правовым вопросам, изданном Королевской прокурорской службой¹⁸¹ отмечается, что предметом спора данного раздела вероятно является грань между уголовной и гражданской ответственностью. Стороне обвинения необходимо помнить о применении принципа *caveat emptor* (*да будет осмотрителен покупатель*) и задаться вопросом о том, не будет ли более правильным применить гражданское право или систему регулирования в отношении рекламы или другой анонсирующей деятельности.

В соответствии с указанным принципом, который обычно применяется к транзакциям между организациями Соединенного Королевства, покупатель не может взыскать расходы, связанные с браком, если только брак не был намеренно скрыт или инициатор представил о нем недостоверную информацию, то есть в распоряжении дилера была информация, которая давала ему преимущество перед покупателем, и покупатель не мог избежать обмана, проявив надлежащую осмотрительность.

В принципах также говорится, что уголовное право не является подходящим инструментом регулирования таких споров, как споры по вопросу собственности имущества. До возбуждения уголовного производства вопрос собственности должен быть однозначно решен. Если вопрос собственности оспаривается, то уголовное право не может применяться до тех пор, пока собственность не будет установлена в рамках гражданского права. Однако возможны определенные обстоятельства в тех случаях, когда все вопросы ясны, а правонарушения являются тяжкими. В таком случае сторона обвинения может быть вынуждена действовать в общественных интересах. Сторона обвинения должна удостовериться в том, что до начала какого-либо судебного разбирательства положение дел между сторонами не изменилось. Это может сказаться как на общественных интересах, так и на проверке доказательств.

Обязанность сообщать сведения

Нарушителем данной статьи является лицо, которое

- i. недобросовестным образом отказывается раскрыть другому лицу сведения, которые он обязан сообщить ему по закону,
- ii. путем сокрытия информации намеревается
- iii. получить для себя или иного лица выгоду, или
- iv. причинить ущерб другому лицу или подвергнуть его опасности такого ущерба.

Пояснение понятию «правовая обязанность» было сформулировано в докладе Комиссии по вопросам законодательства в сфере мошенничества следующим образом: «...Данная обязанность может быть обусловлена положениями законодательного акта (например, положениями, регулирующими проспекты выпуска компаниями ценных бумаг), совершением оспариваемой транзакции в рамках принципа наивысшей добросовестности (например, договором страхования), прямыми или косвенными условиями договора, общепринятыми в данной отрасли и на рынке правилами работы, или наличием фидуциарных отношений между сторонами (например, отношениями между агентом и принципалом)»¹⁸².

Поэтому существует правовая обязанность раскрывать информацию не только в том случае, если ее сокрытие ответчиком причиняет ущерб потерпевшему, но и в том случае, если законом предусмотрено право потерпевшего аннулировать какие-либо изменения в своем юридическом статусе, на которые он дал согласие в результате сокрытия информации.

В соответствии с руководством по правовым вопросам Королевской прокурорской службой нераскрытие информации не обязательно должно касаться «существенной» или «релевантной»

¹⁸¹ Руководство по правовым вопросам [*Fraud Act*], (2006), доступно на: www.cps.gov.uk/

¹⁸² Доклад Комиссии по вопросам законодательства в сфере мошенничества [*Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*], доступно на: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>

информации, *de minimis* требования также отсутствуют. В случае если ответчик раскрыл 90% сведений, которые он по закону должен был сообщить, но при этом сокрыл остальные 10% (возможно, несущественных) сведений, то *actus reus* может считаться совершенным. При таких обстоятельствах ответчик вел себя нечестно. По закону, по таким делам может быть возбуждено уголовное производство в случае необходимости защитить общественные интересы, однако такие дела являются скорее исключительными.

Незнание ответчиком о существовании такого обязательства не является оправданием, так же как не является оправданием утверждение о проявлении неосмотрительности или некомпетентности. В этом отношении за правонарушение предусматривается безусловное привлечение к ответственности. Сторона защиты должна ссылаться на отсутствие нечестности, в то время как бремя доказательства лежит, разумеется, на стороне обвинения.

В соответствии с руководством прокурорской службы, прокуроры должны четко понимать, в чем именно в таких делах заключаются общественные интересы, помнить о соответствующей правоспособности сторон и уделять особое внимание всем объяснениям ответчика относительно нераскрытия информации.

Пояснительная записка к Закону о мошенничестве предусматривает следующие примеры нарушения правовой обязанности:

- утаивание адвокатом важных сведений от своего клиента с целью совершения в отношении мошенничества;
- намеренное сокрытие лицом информации, касающейся наличия у него сердечных заболеваний при подаче заявления на страхование жизни.

Злоупотребление положением

Раздел 4 предусматривает следующее:

- i. Нарушителем данной статьи является лицо, которое
 - a. занимает положение, при котором оно должно соблюдать или не предпринимать действия против финансовых интересов другого лица,
 - b. нечестным образом злоупотребляет данным положением, или
 - c. путем злоупотребления данным положением намеревается
 - получить для себя или иного лица выгоду, или
 - причинить ущерб другому лицу или подвергнуть его опасности такого ущерба.
- ii. Даже если поведение такого лица состояло в бездействии, а не действиях, оно может рассматриваться как злоупотребление своим положением.

Смысл данного раздела заключается в том, что люди, которым оказывается доверие в силу их положения, могут преследовать собственные интересы или нанести ущерб интересам других без участия потерпевшего для достижения желаемого результата.

Комиссия по вопросам законодательства четко это сформулировала, предусмотрев более широкий по сравнению с традиционными фидуциарными перечень обязанностей: «Суть такого рода отношений, которые, на наш взгляд, должны предшествовать такому виду преступления, заключается в том, что потерпевший по собственной воле дал ответчику преимущество, с помощью которого ответчик должен был защищать финансовые интересы потерпевшего, или ему была предоставлена возможность нанести ущерб этим интересам. Требование защищать интересы или возможность нанести им ущерб могли возникнуть, например, в случае, если ответчик был наделен полномочиями принимать от имени потерпевшего решения или ему был предоставлен доступ к активам потерпевшего, его жилью, оборудованию или клиентам. В указанных случаях ответчику не требовалось согласовывать свои действия с потерпевшим для достижения желаемого результата, поскольку такое согласование уже было им получено заранее. Такие отношения возникают между доверительным лицом и бенефициарием, директором и компанией, специалистом и клиентом, агентом и принципалом, сотрудником и работодателем, или между деловыми партнерами. Они также могут возникнуть и между членами семьи, в рамках

волонтерской работы или в любом другом случае, когда стороны действуют неофициально. Почти во всех случаях, когда такие отношения возникают, они в соответствии с гражданским правом рассматриваются как передача фидуциарных обязанности, а любые отношения, признанные фидуциарными, считаются достаточными. Однако мы не видим оснований, по которым наличие таких обязанностей должно являться обязательным условием».

Примерами поведения, которое может повлечь за собой ответственность по разделу 4, могут являться следующие дела:

- сотрудник компании, занимающейся разработкой программного обеспечения, воспользовался служебным доступом к программному обеспечению для клонирования, намереваясь от собственного имени продавать продукцию компании;
- адвокат, который снял деньги со счета лица, выдавшего ему доверенность, с целью использования их в личных целях. Доверенность предусматривала для него такую возможность, однако превышение им свободы действий было рассмотрено как преступление по разделу 4;
- сотрудник, который упустил возможность подписать важный договор с тем, чтобы его подписал его коллега или конкурент;
- доверительное лицо, которое действует в нарушение условий договора доверительного управления с целью получения выгоды для себя или причинения ущерба другим;
- директор компании, который нечестным образом воспользовался полученной им в качестве директора информация с целью извлечения личной выгоды;
- сотрудник, который злоупотребляет своим положением с целью передачи договоров или предоставления скидок своим друзьям, родным или коллегам.

3.6.2 Неправомерное применение уголовного права в области налоговых споров:

По мере того, как финансовые махинация становятся все более сложными, одно и то же деяние может быть совершено в нарушение нескольких разных законов. На разных этапах расследования преступлений в области финансовой деятельности, в том числе на этапе предотвращения, розыска, расследования или судебного преследования, а также взыскания компенсации за последствия преступления, могут принимать участие самые разные государственные ведомства. Успешное взаимодействие и сотрудничество между различными ведомствами является необходимым условием не только для эффективного судебного преследования за совершение преступлений в области финансовой деятельности, например, мошенничества или уклонения от налогов, но и для обеспечения предсказуемости применения права (при применении принципа *nullum crimen sine lege*) и недопущения преследования лица дважды за одно и то же преступление (*non bis in idem*).

3.6.2.1 Российская Федерация

В соответствии со статьей 140 частью 1 Уголовно-процессуального кодекса (Поводы и основание для возбуждения уголовного дела), поводом для проведения расследований по делам о налоговых преступлениях в соответствии со статьей 198 и частью 2 статьи 199 Уголовного кодекса может служить только отчет налоговых органов. Указанное положение было добавлено в 2009 году во время президентства Дмитрия Медведева после появления заявлений о незаконном уголовном преследовании за совершение ряда нарушений налогового законодательства. Положением был введен механизм взаимодействия налоговых и судебных органов.

Недавно были предложены поправки в это положение: законопроект (№ 357559-6), который сейчас находится на обсуждении, должен исключить требование о возбуждении следственными органами уголовного производства по делам о налоговых преступлениях только на основании заявления налоговых органов¹⁸³.

¹⁸³ Главный смысл предполагаемых поправок – исключить из уголовно-процессуального кодекса специальное положение о допустимости возбуждения уголовных дел о «налоговых преступлениях» исключительно на основании представленного заключения органов ФНС.

Следственный комитет поддержал предложенные поправки, поскольку они позволят существенно сократить количество уголовных дел, возбужденных в период с 2009 года, а также снизить нагрузку на оперативные и следственные органы.

Основное возражение против указанных поправок заключается в том, что решение о возбуждении расследования по делам о налоговых преступлениях должно приниматься на основании заключения соответствующих специальных органов (налоговых органов) и с учетом вероятности незаконного или избирательного судебного производства, а также необходимости защищать граждан от нередко незаконного и непредсказуемого судебного преследования.

3.6.2.2 *Международные стандарты*

В соответствии с прецедентным правом Европейского суда по правам человека, налоговые разбирательства, как правило, не подпадают под действие статьи 6, поскольку вопросы налогообложения по-прежнему являются основной частью прерогативы публичных властей, и публичный характер отношений между налогоплательщиками и налоговыми органами остается преобладающим (см. постановление Большой Палаты по делу *«Феррацини против Италии» (Ferrazzini v. Italy)*, § 29). Статья 6 не распространяется на разбирательства, касающиеся исключительно налоговых разбирательств или разбирательств, связанных с начислением пеней за несвоевременную уплату налогов, поскольку они являются, по существу, материальной компенсацией за вред, нанесенный налоговыми органами, а не имеют целью предотвращение рецидива (см. решение по делу *«Миг де Боофцхайм против Франции» (Mieg de Boofzheim v. France)*).

С другой стороны, при наличии определенных обстоятельств налоговые преступления могут подпадать под уголовный аспект статьи 6: Европейский Суд постановил, что статья 6 может быть применена в делах, касающихся пени за неуплату налогов при наличии следующих факторов: (1) законодательство предусматривает начисление пени для всех граждан, являющихся налогоплательщиками; (2) пеня была начислена не в качестве компенсации ущерба, а в качестве, главным образом, наказания для предотвращения повторного совершения правонарушения; (3) пеня была начислена в соответствии с общепринятым правилом в качестве сдерживающей и карательной меры; и (4) размер пени является существенным (см. постановление по делу *«Банденун против Франции» (Bendenoun v. France)*). Уголовный характер преступления может служить достаточным основанием для применения статьи 6 независимо от того, насколько небольшой является пеня за неуплату налогов (10% от пересмотренных налоговых обязательств в деле *«Юссила против Финляндии» (Jussila v. Finland [GC], § 38)*). Аналогичным образом Европейский Суд постановил, что статья 6 в ее уголовном аспекте может быть применена в отношении таможенного права (см. постановление по делу *«Салабиакку против Франции» (Salabiaku v. France)*), конкурентного права (см. постановление по делу *«Компания “Сосьете Стенюи” против Франции» (Societe Stenuit v. France)*), а также штрафов, налагаемых судом, обладающим компетенцией в делах по финансовым вопросам (см. постановление по делу *«Гиссе против Франции» (Guisset v. France)*).

В ряде дел против Швеции Европейский Суд пришел к выводу, что и производство по делам о начислении пени за неуплату налогов, и уголовное производство по делам об уклонении от уплаты налогов по своему характеру являются уголовными (см. постановления по делам *«Манассон против Швеции» (Manasson v Sweden)*, *«Розенквист против Швеции» (Rosenquist v Sweden)*, *«Сторбрåтен и Харвиг против Швеции» (Storbråten and Haarvig v Sweden)*).

При этом возможность применения уголовного аспекта статьи 6 к определенным делам по налоговым спорам может привести к вероятности наказания одного и того же физического лица (или компании) дважды, что согласно статье 4 Протокола № 7 является нарушением. Статья 4 Протокола № 7 предусматривает гарантию того, что никто не должен быть судим или наказан за преступление, за совершение которого он уже был осужден или оправдан (см. постановление по делу *«Сергей Золотухин против России» (Sergey Zolotukhin v Russia)*).

О том, какое важное значение имеет взаимодействие между государственными ведомствами в рамках борьбы с налоговыми преступлениями, особо говорилось 14 октября 2010 года в Рекомендации Совета ОЭСР по развитию сотрудничества между налоговыми органами и иными правоохранительными органами по борьбе с тяжкими преступлениями, в которой Совет рекомендует государствам-членам создать в соответствии со своими правовыми системами эффективную правовую и административную структуры и обеспечить необходимое руководство, направленное на предоставление налоговыми органами соответствующим внутренним правоохранительным органам информации о подозрениях в совершении тяжких преступлений, включая отмывание денег и финансирование терроризма, что вытекает из осуществления ими своих обязанностей.

3.6.2.3 Европейская практика в области сотрудничества и взаимодействия между налоговыми и следственными органами, а также прокуратурами

ОЭСР выделяет четыре модели, каждая из которых предусматривает стратегию координации государствами расследования финансовых преступлений, а также межведомственного взаимодействия между налоговыми и следственными органами, а также прокуратурами¹⁸⁴.

Модель 1: Применяется в Германии, Швейцарии и Соединенном Королевстве. В соответствии с этой моделью налоговые органы (например, Государственное управление Великобритании по налогам и таможенным сборам в Соединенном Королевстве) отвечают за руководство и проведение расследований.

Модель 2: Применяется в Австрии, Азербайджане, Эстонии, Венгрии, Латвии, Нидерландах, Португалии, Сербии, Испании (также см. модель 4 ниже) и Швеции. Налоговые органы отвечают за проведение расследований под руководством генерального прокурора (или, как в Испании, допрашивающего судьи).

В Венгрии, например, даже в тех случаях, когда полиция или иные следственные органы находят доказательства по делам, которые относятся к компетенции налоговой или таможенной администраций (например, налоговые преступления), они обязаны сообщить об этом налоговой или таможенной администрациям, которые, в случае необходимости, должны провести расследование.

Модель 3: Применяется в Греции и Турции. За проведение расследований отвечает специализированный налоговый орган под надзором Министерства финансов, но не входящий в налоговую администрацию.

Модель 4: Применяется в Бельгии, Чехии, Дании, Финляндии, Франции, Японии, Люксембурге, Мексике, Норвегии, Словакии, Словении и Испании (в которой существует гибрид данной модели и модели 2). За проведение расследований отвечают полиция или прокуратура.

Италия не включена в четыре указанные ОЭСР модели. «В Италии полномочия по проведению расследований финансовых преступлений, включая налоговые преступления, переданы Финансовой гвардии (*Guardia di Finanza*), которая может проводить такие расследования как независимо, так и под руководством генерального прокурора. Финансовая гвардия также может проводить гражданско-налоговые расследования и проверки в рамках своих административных полномочий¹⁸⁵.

¹⁸⁴ ОЭСР (2013 год). *Эффективное межведомственное сотрудничество в области борьбы с налоговыми и другими финансовыми преступлениями*, стр. 13-14, OECD (2013), [[Effective inter-agency co-operation in fighting tax crimes and other financial crimes](#)], доступно на: www.oecd.org

¹⁸⁵ Там же, стр. 33.

ОЭСР подчеркивает, что для взаимовыгодного сотрудничества различных ведомств на каждом этапе расследования основным условием координированной работы является активный обмен информацией. В связи с этим наблюдается тенденция обязывать налоговые органы при проведении аудита или аналогичных проверках сообщать полиции или прокуратуре о любых доказательствах или подозрениях о тяжких преступлениях.

В **Италии**, например, если налоговые органы обнаруживают доказательства возможных преступлений, они обязаны прекратить собственное расследование и немедленно сообщить о своих подозрениях соответствующим судебным органам. В Норвегии налоговые органы должны сообщать в полицию о любых подозрениях в совершении преступления определенной степени тяжести. В Португалии любой государственный служащий, которому стало известно о совершенном преступлении, обязан сообщить об этом Генеральному прокурору.

Существуют четыре основные модели соответствующего расширенного сотрудничества¹⁸⁶:

1. Совместные следственные группы позволяют ведомствам, имеющим общие интересы, осуществлять совместную работу над расследованием. Совместные следственные группы обмениваются информацией, а привлечение к работе следователей различного уровня и подготовки позволяет им получить доступ к широкому спектру навыков и знаний. Проведение совместных расследований может позволить избежать дублирования, которое является неизбежным при параллельных расследованиях. Предоставление возможности должностным лицам каждого ведомства сфокусироваться на различных аспектах расследования в зависимости от их опыта и полномочий позволяет повысить общую эффективность.

В **Чехии**, например, действует межведомственное соглашение, согласно которому Министерство финансов и полиция могут формировать *ad hoc* совместные следственные группы для проведения отдельных расследований. За ходом межведомственных расследований постоянно следит совместное специальное подразделение, которое отвечает за его организацию и координацию. На сегодняшний день, в проведении такого рода совместных расследований задействованы полиция и таможенная администрация (которая отвечает за расследование дел о предполагаемом уклонении от уплаты НДС или налогов для потребителя), при том, что теоретически могла принимать участие и налоговая администрация (при этом действуют жесткие ограничения в области обмена информацией о налогах на доходы и капитал, что может ограничить участие налоговой администрации Чехии).

В **Финляндии** совместные следственные группы или рабочие группы формируются из числа представителей полиции, таможенных и пограничных органов. В Венгрии соглашения о проведении совместного расследования должны быть одобрены генеральным прокурором, при этом в случае, если проведение официального совместного расследования не признается необходимым, в помощь ведомству, проводящему расследование, может быть откомандирован представитель, обладающий необходимыми навыками и опытом. В Словении с 2009 года за деятельностью межведомственных следственных групп следит генеральный прокурор.

2. **Межведомственные центры расследований** создаются в целях централизации процессов для сбора и анализа информации для ряда ведомств. Они могут сфокусироваться на конкретной географической области или виде преступной деятельности или играть более широкую роль в процессе обмена информацией. Центры расследований проводят анализ, основываясь на первичном исследовании, а также информации, полученной из задействованных ведомств. Преимущество централизации заключается в разработке специализированных систем, а также получении представителями центров знаний и опыта. За счет распределения расходов между задействованными ведомствами возможно снижение бюджетных расходов.

В **Финляндии**, например, при налоговой администрации сформировано Информационное подразделение по теневой экономике (*Grey Economy Information Unit* или GEIU), в задачи

¹⁸⁶ Там же, стр. 17-18.

которого входит взаимодействие с государственными ведомствами в рамках борьбы с теневой экономикой. GEU имеет право на получение всей необходимой информации от других ведомств даже в тех случаях, когда доступ к этой информации при обычных условиях был бы ограничен из-за ее конфиденциальности. GEU от имени своих партнеров занимается подготовкой отчетов о соблюдении установленных законодательством требований, и данные отчеты включают в себя сведения о предпринимательской деятельности, финансовом положении и др. физических и юридических лиц.

3. Эффективным способом передачи навыков и установления контактов между различными ведомствами является **командирование сотрудников в различные ведомства**. Во время непосредственной работы в предписанном ведомстве командированные сотрудники могут передавать свои навыки, опыт и профессиональные знания.

В рамках данной модели чаще всего происходит командирование сотрудников налоговых администраций в органы полиции или иные правоохранительные органы, что позволяет сотрудникам полиции пользоваться финансовой экспертизой сотрудника налоговой администрации. Примеры данной модели можно найти в Бельгии (Центральное управление по предупреждению организованной экономической и финансовой преступности), Венгрии (Управление по борьбе с коррупцией и экономическими преступлениями), Ирландии (Бюро по криминальным активам), Нидерландах (Служба финансовой информации и разведки), Норвегии, Португалии и Соединенном Королевстве (Агентство по борьбе с тяжкими организованными преступлениями).

У Франции уже есть успешный опыт сотрудничества между органами полиции и налоговыми органами. *Национальная бригада по проведению экономических исследований (Brigade Nationale d'Enquêtes Économiques* или BNEE) состоит из приблизительно 50 налоговых инспекторов, которые работают в службе судебной полиции и участвуют в расследовании финансовых преступлений. *Национальная бригада по борьбе с экономическими преступлениями (Brigade Nationale de Répression de la Délinquance Fiscale* или BNRDF) является уголовным подразделением полиции, которое занимается расследованием тяжких налоговых преступлений. Бригада привлекает налоговых инспекторов к непосредственно самому расследованию таких дел, объединяя таким образом их знания в области финансов с процессуальными навыками судебной полиции.

В **Италии** принято командировать сотрудников с необходимым навыками в сфере налогов или таможенного дела в прокуратуру. Это позволяет не только объединить необходимые навыки и знания, но и способствует созданию более эффективных отношений между задействованными ведомствами. Аналогичный подход практикуется в Австрии и Бельгии.

4. **Другие модели** построены на стратегиях, которые включают в себя совместное использование баз данных, подготовка и распространение материалов стратегической разведки (таких как газеты и сводки), формирование совместных комитетов для координации политики в сфере совместных обязанностей, проведение межведомственных заседаний и обучающих сессий для обмена информацией по тенденциям в сфере финансовых преступлений, а также обмена передовым опытом.

В **Австрии**, например, создана рабочая группа для борьбы со взяточничеством и коррупцией, в состав которой входят сотрудники как налоговой администрации, так и прокуратуры. Группа на регулярной основе проводит заседания с представителями других ведомств и организует обучающие сессии с целью развития личных контактов и обмена информацией. Германия работает по аналогичной схеме, которая включает в себя взаимодействие налоговых, таможенных органов, а также управления уголовного розыска как на общем уровне, так и в рамках совместной работы по отдельным делам.

3.6.3 Заключение

Одним из широко используемых механизмов разрешения гражданских споров в Российской Федерации является возбуждение уголовного дела. Возбуждение уголовного дела по заявлению одной из сторон (или нескольких сторон) делового сотрудничества против другой стороны (или группы сторон) этого же сотрудничества приводит к оказанию на одну из сторон значительного психологического и судебного давления (вплоть до заключения под стражу) в деле, которое изначально может представлять собой гражданский спор.

Для борьбы с экономическими преступлениями необходимо наличие согласованных и всеобъемлющих стандартов, которые были бы понятны всем заинтересованным сторонам. Отсутствие таких стандартов может привести к нарушению статьи 7 Европейской конвенции о защите прав человека (наказание исключительно на основании закона), поскольку исход применения законодательных норм может быть недостаточно предсказуемым.

Произвольное толкование статьи 159 Уголовного кодекса о мошенничестве, классификация действий, которые, по сути, являются неисполнением договорных обязательств, как уголовных преступлений, являются главными признаками злоупотреблений, с которыми деловому сообществу в России приходится сталкиваться. Если злоупотреблением применением статьи 159 можно отчасти объяснить умышленным или халатным несоблюдением ее положений, то эффективно ограничить возможность возбуждения необоснованных уголовных дел против предпринимателей можно, по всей видимости, путем введения в законодательные положения дополнительных требований.

В то время как Уголовный кодекс России определяет мошенничество как «хищение чужого имущества путем обмана или злоупотребления доверием» (в контексте предпринимательской деятельности это - преднамеренное неисполнение договорных обязательств), в перечисленных выше странах законодательным путем или путем судебного толкования были введены дополнительные критерии, ограничивающие применение мошенничества.

Во Франции обман должен был совершен определенным образом, в частности с помощью использования вымышленного имени или фиктивного служебного положения, путем злоупотребления настоящего служебного положения, либо путем совершения незаконных действий. Кассационный суд *Cour de Cassation* неоднократно постановлял, что мошеннические махинации могут рассматриваться как мошенничество в том случае, если они не только сводятся к предоставлению недостоверной информации, но и включают в себя сочетание обстоятельств, подготовку плана, организацию обмана, инсценировку ложного сообщения с целью заставить в него поверить. Наличие лжи не является достаточным основанием для привлечения к уголовной ответственности. Аналогичным образом законодатели Италии требуют в качестве обязательного условия при привлечении к уголовной ответственности наличие обмана (*artifizi o raggiri*). В Испании обман должен быть достаточно серьезным для того, чтобы заставить совершить ошибку, поскольку особое внимание уделяется личности потерпевшего и его способности распознать обман. В своей судебной практике Верховный суд Испании давал пояснение различия между мошенничеством, совершенным в рамках гражданского права, и мошенничеством, совершенным в рамках уголовного права, и приводил в качестве примера тот факт, что сам по себе отказ от исполнения договорных обязательств не является достаточным для привлечения к уголовной ответственности.

В Германии мошенничество, совершенное путем бездействия, является уголовным преступлением только в том случае, если его инициатор был обязан поставить вторую сторону в известность. В Соединенном Королевстве следственным органам было рекомендовано воздержаться от возбуждения уголовных дел в тех случаях, когда однозначно не установлен собственник имущества.

Что касается неправильного применения уголовного права в налоговых спорах, то стоит отметить, что зачастую во многих юрисдикциях функции сбора налогов, расследования преступления и

привлечения к ответственности за совершение преступления выполняют три разных ведомства. Это является причиной плохо скоординированной работы и общей неэффективности, которые серьезным образом мешают расследованию и судебному преследованию. Последствия могут даже сказаться на физических и юридических лицах, права которых могут быть нарушены явно незаконным преследованием и неоднократным предъявлением обвинений.

Введение даже самых базовых механизмов, направленных на развитие сотрудничества между государственными ведомствами путем обмена информацией и другими ресурсами (такими как опытные сотрудники) может помочь улучшить эффективность работы задействованных органов и оказаться для всех полезным.

Было внесено предложение о том, что внедрение методов межведомственного сотрудничества, в том числе командирование сотрудников налоговых органов в органы полиции и прокуратуру; формирование совместных рабочих групп, специализирующихся на расследовании налоговых преступлений; создание межведомственных центров расследования с целью обеспечения квалифицированного расследования отдельных дел и рассмотрения общих вопросов, могут помочь российским властям преодолеть недостатки, свойственные модели, которая основана на жестком разграничении роли и обязанностей налоговых и следственных органов, а также прокуратуры.

4 Гражданское судопроизводство

4.1 Процессуальные злоупотребления

Одним из способов злоупотребления в борьбе с деловыми конкурентами или партнерами является подача заведомо необоснованных исков исключительно с целью доставить им беспокойство или иным образом навредить ответчику. Другими формами недобросовестного поведения может служить неоднократная подача в рамках одного судебного производства явно необоснованных ходатайств или встречных исков, а также попытки ввести суд в заблуждение. Такие способы включают в себя создание и представление в рамках гражданского процесса ложных доказательств, использование гражданского процесса с целью получения информации о захватываемой компании или причинение беспокойства компании и приостановка ее деятельности с целью вынудить ее владельцев продать компанию «рейдеру» ниже рыночной стоимости¹⁸⁷.

4.1.1 Российская Федерация

Довольно распространенной практикой является злоупотребление акционерами, участвующими в корпоративном конфликте или так называемыми «рейдерами», добивающимися контроля над активами поглощаемой компании, своими процессуальными правами с целью лишить поглощаемую компанию возможности защищать свои интересы. Рейдеры, например, часто подают явно необоснованные иски с целью получения судебного решения, которое временно ограничивает право голоса других акционеров, оставляя тем самым рейдеров в большинстве, чем они и пользуются для осуществления перестановок в совете директоров. Как только рейдеры временно оказываются в большинстве, они проводят дополнительный выпуск акций с целью размыть долю других акционеров и укрепить свой контроль над компанией¹⁸⁸.

Даже если они не подкупают судей, судьи могут оказаться невольными инструментами в руках акционеров, участвующих в корпоративном конфликте и готовых пойти на злоупотребление своими процессуальными правами.

В свою очередь принятие акционерами, пытающимися защититься от незаконного поглощения, обеспечительных мер может оказаться невозможным, особенно в случае, если рейдер пытается манипулировать собранием акционеров с целью изменения состава руководства компании и незаконно вытеснить других акционеров и так далее.

Например, после принятия Верховным арбитражным судом постановления № 11 от 9 июля 2003 года, которое содержит запрет на применение обеспечительных мер в отношении собраний акционеров (но только в отношении отдельных вопросов, включенных в повестку дня, если эти вопросы являются предметом спора или непосредственно с ним связаны), злонамеренные истцы стали прибегать к созыву нескольких собраний акционеров за один день, на каждом из которых на повестке дня стоял только один вопрос. Таким образом, становится возможным избежать обеспечительных мер, применение которых рассматривалось бы как нарушение постановления Верховного арбитражного суда¹⁸⁹.

Другой способ заключается в предъявлении миноритарными акционерами по доверенности исков к мажоритарным акционерам. После того, как суд выносит определение в пользу истца, акции ответчика могут быть изъяты и проданы на сфальсифицированном аукционе в ходе которого доля

¹⁸⁷ Томас Файрстоун, *Криминальный захват корпоративной собственности в России*, The International Lawyer том 42, № 4 (ЗИМА 2008), стр. 1207-1229

¹⁸⁸ Там же.

¹⁸⁹ *Злоупотребление акционерами правом на применение обеспечительных мер: проблемы и пути совершенствования законодательства* Автор: Раздьяконов Е.С., к.ю.н. (г.Екатеринбург) Источник: журнал Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10. С.32-36, доступно на: <http://statut.org>

переходит к рейдеру, который контролирует миноритарных акционеров по доверенности¹⁹⁰. В других делах сразу после установления задолженности у поглощаемой компании (как правило путем незаконного приобретения финансовой информации), корпоративные рейдеры выкупают долги или акции поглощаемой компании и начинают подачу нескольких злонамеренных исков в областные суды и суд того города, где находится компания. Этот способ используется для ограничения правоспособности и преследования поглощаемой компании¹⁹¹.

4.1.2 Государства-члены Совета Европы: процессуальные злоупотребления, процессуальные преступления и сутяжнические истцы

Следует ввести меры по определению, предупреждению и наказанию поведения, которое не является добросовестным осуществлением таких прав, как право на доступ к правосудию или право на защиту. Для регулирования такого рода характера необходимость соблюдения баланса между наказанием незаконного поведения сторон производства и соблюдением их основных прав.

В своем постановлении по делу *«Голдер против Соединенного Королевства»* (*Golder v United Kingdom*) Европейский Суд по правам человека постановил, что права на доступ к правосудию косвенно гарантированы положением статьи 6 Европейской Конвенции¹⁹². Однако это право не является абсолютным. В деле *Голдера* Европейский Суд признал существование «неявных» ограничений права на доступ. Государствам-членам предоставлена определенная свобода усмотрения при условии, что доступ не ограничивается настолько, что умаляет саму суть этого права. Кроме того, должна быть оправданной и предполагаемая цель налагаемого ограничения, которое в свою очередь должно быть пропорциональным¹⁹³.

Европейский суд по правам человека рассмотрел разные виды ограничения права на доступ к правосудию. С точки зрения положений Конвенции взимание судебной пошлины до начала судебного производства в принципе не вызывает вопросов, если размер пошлины является соразмерным¹⁹⁴. Аналогичным образом не вызывают вопросов и ограничения в виде ряда процедурных препятствий. В случае если одна из сторон национального производства не выполнила определенные процессуальные требования, что привело к прекращению производства или признания иска неприемлемым, подать жалобу в страсбургский суд, как правило, вряд ли будет возможным¹⁹⁵. Нет нарушений Конвенции и в делах, когда национальным законодательством предусмотрено кассационное производство, при том, что в рамках системы

¹⁹⁰ *Вскрывающая коррупцию: недружественные поглощения, корпоративное рейдерство и захват компаний в России*, автор: А. Сэттлз, 3 августа 2009 года, Центр международного частного предпринимательства A.Settles (2009), [*Evolving Corruption: Hostile Takeovers, Corporate Raiding, and Company Capture in Russia*], доступно на: www.cipe.org

¹⁹¹ Бобков Алексей Владимирович Криминальное банкротство: криминологическая характеристика и противодействие. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Министерство внутренних дел Российской Федерации, Омская академия

¹⁹² *Верховенство права в гражданско-правовых делах трудно себе представить без возможности получить доступ к правосудию [...] По мнению Европейского Суда, было бы невыносимо, чтобы пункт 1 статьи 6 содержал подробное описание предоставляемых сторонам процессуальных гарантий в гражданских делах и не защищала бы в первую очередь того, что дает возможность практически пользоваться такими гарантиями - доступа к суду. Такие характеристики процесса как справедливость, публичность, динамизм лишаются смысла, если нет самого судебного разбирательства.* Постановление ЕСПЧ от 21 февраля 1975 года по делу *Голдер против Соединенного Королевства* (*Golder v United Kingdom*), §§37-39).

¹⁹³ «Право на доступ к правосудию, разумеется, не является абсолютным и может быть в той или иной мере ограничено; право на обращение в суд в силу своей природы требует со стороны государства регулирования, которое может различаться во времени и местах в зависимости от потребностей и ресурсов общества и отдельных лиц [...] Высокие Договаривающиеся Стороны пользуются определенной свободой усмотрения при выборе регулирования. В то время как окончательное решение по вопросу соблюдения требований Конвенции принимает Европейский Суд, в его обязанности не входит подмена оценки национальных властей или любой другой оценки по вопросу того, что в данной области является наилучшей стратегией» (см. постановление ЕСПЧ от 28 мая 1985 года по делу *Ашингдейн против Соединенного Королевства* (*Ashingdane v United Kingdom*), §57).

¹⁹⁴ Постановление ЕСПЧ от 13 июля 1995 года по делу *«Толстой против Соединенного Королевства»* (*Tolstoy v United Kingdom*).

¹⁹⁵ Например, разрешено требование о подаче кассационной жалобы адвокатом, а не заявителем (см. постановление ЕСПЧ от ноября 1986 года по делу *Гиллоу против Соединенного Королевства*) (*Gillow v United Kingdom*), Series A-109, §69).

принимается решение о рассмотрении кассационной жалобы¹⁹⁶ или наложении «гражданского штрафа» за злоупотребление правом обращения в суд высшей инстанции¹⁹⁷. Право на доступ к правосудию также не предусматривает обязанности судьи национального суда передавать дело и запрашивать предварительное определение¹⁹⁸.

Европейский Суд также признал, что некоторые ограничения зависят от личности сторон разбирательства. Европейским Судом признаны ограничения на доступ к правосудию в отношении несовершеннолетних¹⁹⁹, лиц с психическими расстройствами²⁰⁰, банкротов²⁰¹ и недобросовестных истцов²⁰².

Ограничение права на обращение у суд также может проистекать из статьи 17 Конвенции, которая запрещает злоупотребление правами. В делах «*Партия «Рефак» против Турции» (Refah Partissi v Turkey)* и «*Хизб ут-Тахрир и другие против Германии» (Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany)*, жалоба № 31098/08, Европейский Суд постановил, что в соответствии со статьей 17 право заниматься деятельностью с целью нарушения чьих-либо прав и свобод, закрепленных Конвенцией, не может проистекать из статьи 17.

Италия

Вплоть до 2007 года вопрос процессуальных злоупотреблений в Италии носил по большей части теоретический характер. Статья 88 Уголовно-процессуального кодекса обязывала стороны производства действовать добросовестно, однако никаких практических последствий из нее не вытекало.

В 2007 году Верховный суд Италии определил, что поведение кредитора, который неоднократно обращался в суды за получением частичных выплат по своему кредиту при том, что он в одностороннем порядке и произвольно разделит задолженность должника на несколько частей, являлось недобросовестным. Суд не согласился с тем, что такое поведение, при котором кредитор обращается в суды для получения всей суммы долга, является нарушением правил, предусматривающих обязанность добросовестно исполнять условия договора. По мнению Суда, обязанность действовать добросовестно распространяется на судебные действия на основании договора в тех случаях, когда целью иска является исполнение указанного договора. Поступая таким образом, кредитор ухудшил договорное положение должника и не смог иным образом обосновать выбор юридической стратегии²⁰³.

Аналогичным образом ходатайство истца о вынесении судом определения о юрисдикции в попытке отсрочить вынесение решения по явно необоснованному иску истца также является злоупотреблением. Суд отметил, что такого рода ходатайство делается с одной единственной целью - добиться отложения судебного разбирательства, начатого истцом²⁰⁴.

¹⁹⁶ См. постановление ЕСПЧ от 29 октября 1991 года по делу *Хельмерс против Швеции» (Helmerts v Sweden)*, Series A-212-A, §36.)

¹⁹⁷ См. постановление Европейской Комиссии по правам человека от 6 октября 1982 года по делу *Хельмерс против Швеции (X. v Sweden)*, жалоба № 9707/82; D&R 1982, 223).

¹⁹⁸ См. постановление ЕСПЧ от 22 июня 2000 года по делу *Коэм против Бельгии (Coëtte v Belgium)*, жалоба № 32492/96).

¹⁹⁹ См. постановление Европейской Комиссии по правам человека от 4 мая 1987 года по делу *М. против Соединенного Королевства (M. v United Kingdom)*, жалоба № 12040/86; D&R 52, 269). См. также постановление ЕСПЧ от 21 февраля 1975 года по делу *Голдер против Соединенного Королевства (Golder v United Kingdom)*, Series A-18, §39, и отдельное мнение Судьи Фитцмориса по делу Голдера.

²⁰⁰ См. постановление ЕСПЧ от 24 октября 1979 года по делу «*Уинтервер против Нидерландов (Winterwer v Netherlands)*, Series A-33, §75.

²⁰¹ См. постановление Европейской Комиссии по правам человека от 4 мая 1987 года по делу *М. против Соединенного Королевства (M. v United Kingdom)*, жалоба № 12040/86; D&R 52, 269).

²⁰² См. постановление Европейской Комиссии по правам человека от 2 декабря 1985 года по делу *Н. против Соединенного Королевства (N. v United Kingdom)*, жалоба № 11559/85; D&R 45, 281, в котором заявителю для подачи иска требовалось получение судебного разрешения, так как в отношении него действовало «распоряжение недобросовестном обращении в суд».

²⁰³ Постановление Кассационного Суда, объединенной секции, от 15 ноября 2007 года, № 23726

²⁰⁴ Постановление Кассационного Суда, объединенной секции, от 3 ноября 1986 года, № 6420

Суд постановил, что при таких обстоятельствах судья в соответствии со статьей 88 Уголовно-процессуального кодекса должен был доложить о нарушении в дисциплинарный орган Палаты адвокатов законного представителя истца.

В своих последующих решениях Верховный суд также признавал в качестве злоупотребления поведением ответчика, который подавал явно необоснованный иск против истца исключительно с целью добиться замены судьи²⁰⁵; а также поведение истца, который подавал другие иски против вымышленных ответчиков исключительно с целью лишить судью компетенции и добиться передачи дела в другой суд²⁰⁶.

В указанных делах Верховный суд постановил, что при решении вопроса о компетенции/юрисдикции дела, в котором у истца есть возможность выбора суда для обращения, в обязанности суда, помимо прочего, входит удостовериться, заинтересован ли истец в отзыве иска из другого суда.

Согласно судебной практике Верховного суда, принципиальное положение заключается в том, что недобросовестное поведение не только включает в себя действия, направленные на недопущение применения положений о принципе состязательности, но и действия, направленные на вмешательство или препятствование осуществлению правосудия.

В определение такого поведения входят лжесвидетельство; несвоевременное представление документов; ходатайства об отложении судебных слушаний на основании ложных заявлений о том, что эти ходатайства уже были согласованы с другой стороной.

При вынесении решения о том, было ли поведение обманным, отлагательным, чрезмерным или иным образом противоречащим «стандартам поведения квалифицированных юристов» Верховный суд дал судьям право отказывать в удовлетворении ходатайств адвокатов с целью избежать «ненужных действий и чрезмерных процессуальных формальностей».

В соответствии со статьей 88 Уголовно-процессуального кодекса, в делах, касающихся такого рода недобросовестного поведения, судья имеет право вынести дисциплинарное или процессуальное наказание. Судья может принять во внимание поведение сторон при оценке доказательств (статья 116) или может принять меры для обеспечения справедливости разбирательства (статья 175). В соответствии со статьей 404, кредиторы одной из сторон гражданского разбирательства вправе представлять возражения против судебного решения в том случае, если решение было вынесено в результате мошенничества или предварительного сговора.

В случае если судебное решение было вынесено в результате недобросовестного поведения или злоупотреблений, допущенных одной из сторон гражданского разбирательства, решение может быть отменено, а недобросовестная сторона может быть обязана оплатить судебные расходы даже в том случае, если она не проиграла дело (статья 92).

²⁰⁵ См. по этому вопросу постановление Кассационного Суда № 530 от 16 января 1993 г., в соответствие с которым «Судья, к которому обратились с просьбой вынести определение, имеющее законную силу, касательно предварительного судебного решения, должен выяснить, имеется ли такая реальная заинтересованность истца в этом вопросе, которая может перевешивать его заинтересованность в справедливом решении рассматриваемого дела, в том смысле, что предварительное, досудебное разбирательство могло бы повлиять также на различные тяжбы и судебные процессы, еще не законченные или которые, как представляется, могут возникнуть между теми же сторонами, или касательно иных отношений или субъектов». Аналогично см. постановление Кассационного Суда от 12 июля 2005 года, № 14578; постановление Кассационного Суда от 8 мая 2004 года, № 8781; объединенной секции Кассационного Суда от 14 ноября 2003 года, № 17208; постановление Кассационного Суда от 10 июля 2002 года, № 10039; постановление Кассационного Суда от 6 марта 2001 года, № 3248; постановление Кассационного Суда от 5 августа 1998 года, № 7691.

²⁰⁶ См. постановление Кассационного Суда от 10 мая 2010 года № 11314, согласно которому «Отступление от территориальной юрисдикции, определенной по совокупности связанных с ней дел, возбужденных против нескольких лиц и порученных судьбе общего суда одного из ответчиков, не имеет места».

Кроме того, судьи обязаны сообщать о неправомерных действиях законных представителей в их палаты адвокатов, которые в свою очередь должны удостовериться в наличии или отсутствии нарушений правил этического поведения и, в случае их наличия, наложить дисциплинарное наказание.

В соответствии со статьей 96 судья по ходатайству одной из сторон производства может обязать вторую сторону, которая действовала недобросовестно или с явной небрежностью, оплатить судебные расходы и ущерб.

В своем решении № 17485/2011 Верховный суд определил, что в делах об обращении в суд с мнимыми спорами вторая сторона имеет право на компенсацию ущерба без обязательного представления доказательств причиненного ущерба с учетом того, что ущерб включает в себя не только материальный ущерб, но и ущерб, связанные с необходимостью участвовать в производстве по мнимому иску, начатом противной стороной, а также с любыми неудобствами, вызванными такого рода поведением.

В 2011 году Верховный суд определил, что процессуальные злоупотребления включают в себя нарушения обязательств, уклонение от обязательств, нарушения закона, которые были допущены во время осуществления правосудия или процессуальных полномочий в целях, отличных от защиты интересов ответчика. В таких случаях ответчик не может добиваться защиты интересов, которые не были затронуты и фактически не преследовались²⁰⁷.

Согласно этому решению Суд заменил судью, который отказался принять во внимание несоразмерно большое количество явно необоснованных ходатайств ответчика, пытавшегося затянуть судебное разбирательство путем постоянной смены своих законных представителей.

В части уголовного права Суд постановил, что злонамеренное возбуждение или производство (или ставящее целью возбуждение или производств) по уголовному делу, которое было открыто без явных оснований и в возбуждении которого было отказано в пользу потерпевшего от злонамеренных действий, влечет за собой обязанность выплатить потерпевшей стороне убытки в гражданском порядке в случае, если такое поведение было клеветническим²⁰⁸.

Испания

В настоящем виде процессуальное мошенничество в Испании существует с 1995 года и рассматривается как посягательство на судебную систему²⁰⁹. Данное преступление наказывается денежным штрафом и лишением свободы на срок до шести лет.

Конституционный закон № 5/2010 дает дополнительное определение процессуальному мошенничеству в Испании. В решении верховного суда № 1015/2009 от 28 октября процессуальное мошенничество определяется как «обман с использованием судебных разбирательств в качестве средства/инструмента достижения цели, или поведение в рамках судебных разбирательств, направленное на извлечение выгоды путем причинения ущерба другим за счет несправедливого судебного решения, вынесенного введенным в заблуждение судьей; действия на этапе планирования и реализации должны быть достаточными для введения судьи в заблуждение»²¹⁰.

В своих решениях № 76/2012 от 15 февраля, № 332/2012 от 30 апреля и № 366 /2012 от 3 мая верховный суд дал дополнительное определение процессуальному мошенничеству как «использованию в ходе судебного разбирательства приемов, непосредственно направленных на

²⁰⁷ Кассационный Суд, объединенная секция, постановление № 155 от 29/09/2011 на Заседании Кассационного Суда Ред. 251496

²⁰⁸ Постановление Гражданского Кассационного Суда от 20.10.2003, № 15646

²⁰⁹ ССТС 271 /1997 от 4 марта и 457/2002 от 14 марта

²¹⁰ Данное толкование нашло свое подтверждение в судебных решениях № 35/2010 от 4 февраля и № 124/2011 от 28 февраля.

воздействие на судью с целью обманом путем заставить его принять несправедливое решение, которое наносит ущерб одному лицу за счет приобретения неправомерной выгоды другим лицом».

Согласно решению Верховного суда от 9 мая 2003 года, процессуальное мошенничество является отягченным видом мошенничества, поскольку посягает на принцип правовой определенности, воплощенный в работе суда, который стал инструментом для достижения мошеннических целей.

Согласно заявлению Верховного суда в решении № 266/2011 от 25 марта, обман должен быть достаточным для введения судьи в заблуждение, в результате которого он пренебрег своими профессиональными навыками и процессуальными гарантиями²¹¹, но при условии наличия двух факторов:

1. Оценка того, было ли поведение достаточным для введения судьи в заблуждение, должна осуществляться индивидуально в каждом конкретном деле, а квалификация судьи должна соответствовать самым высоким стандартам для определения того, действительно ли он был введен в заблуждение;
2. Если ошибка судьи заключается в толковании закона, то эта ошибка должна рассматриваться только как его собственное толкование, независимо от поведения сторон или представленных ими толкований.

Строго говоря, при процессуальном мошенничестве обманутое лицо (судья) должно быть иным, чем лицо, которое в конечном итоге пострадало от такого поведения (одно из сторон в деле). Такие дела считаются «надлежащим» процессуальным мошенничеством. Однако пострадавшая сторона также может быть вынуждена прекратить производство, отказаться от иска, согласиться со сделкой или иным образом изменить свою процессуальную стратегию таким образом, чтобы она было более выгодной для другой стороны в результате ее обманных действий (как правило, ложных доказательств или фальсификации договора). Это называется «ненадлежащим» процессуальным мошенничеством.

Ненадлежащее процессуальное мошенничество признается Верховным судом²¹² как отягчающий фактор на том основании, что такого рода обман затрагивает не только отдельные стороны, но и работу судебной системы, а для обмана профессиональных судей требуются более изощренные формы обмана.

В случае эффективного применения процессуального мошенничества возможны приостановление или отмена конкретного судебного решения.

Верховный суд Испании²¹³ также установил различия между процессуальным и «обычным» мошенничеством. Процессуальное мошенничество, как правило, сопровождается совершением других преступлений, таких как подлог, лжесвидетельство или ложное обвинение. Во многих делах, таким образом, подлог является необходимым инструментом для процессуального мошенничества. В рамках уголовного права Испании оба правонарушения признаются как причиняющие ущерб потерпевшему в соответствии со статьей 77 Уголовного кодекса.

Верховный суд постановил, что само по себе сокрытие поданных исков (*ocultacion de alegaciones*) не является достаточным для признания факта совершения процессуального мошенничества. Однако такого рода поведение может рассматриваться как противоречащее добросовестному поведению и может иметь негативные последствия для стороны в виде решения о выплате процессуальных расходов и издержек, сделанного, однако, за рамками уголовного права.

²¹¹ STS от 5 декабря 2005 года

²¹² решение № 794/1997 от 30 сентября

²¹³ решение № 128/2008 от 28 февраля

Франция

Мошенничество при вынесении решения

Во Франции, при том, что каждая сторона производства имеет право на подачу исков, существуют определенные ограничения в отношении злоупотребления этим правом или мошенничества. Злоупотребление правом на подачу иска наказывается административными санкциями и выплатой ущерба.

Обман и введение судей в заблуждение является уголовным преступлением (*мошенничество по вынесении решения* или *Dans l'escroquerie au jugement*), определение которому дано в судебной практике. Процессуальное мошенничество определяется как введение судьи в заблуждение с целью получения права или разрешения, которое обязательным образом затронет имущество или финансовое положение виновного лица.

В соответствии со статьей 313-1 Уголовного кодекса, процессуальное мошенничество, совершенное с помощью подложного имени или подложной должности, или путем злоупотребления реальной должности, или с применением мошеннических схем, склоняющих физическое или юридическое лицо к передаче денежных средств, ценных бумаг или иного имущества, а также к оказанию услуг или даче согласия предпринять определенное действие или исполнить обязательство в ущерб себе или третьей стороне. Мошенничество наказывается лишением свободы на срок в пять лет и наложением штрафа в размере 375 000,00 евро.

Процессуальное мошенничество отличается от злоупотребления правом подавать иски (злонамеренное судебное преследование). Суды определили такое злоупотребление как правовые действия, совершенные недобросовестным образом и заведомо направленные на поражение или причинение ущерба противной стороне. Аналогичным образом судебная практика причисляет к такому поведению отлагательные или неправомерные жалобы, поданные против судебного решения, апелляционного или кассационного определения.

Верховный суд постановил, что поскольку подача иска представляет собой реализацию соответствующего права, то в случае, если сторона, пусть даже неоднократно, делает ложные заявления, этого не достаточно для того, чтобы признать его поведение в качестве процессуального мошенничества. Вместо этого необходимо принять во внимание условия, в которых были применены эти схемы или махинации путем заведомого известного введения судьи в заблуждение с целью добиться выгодного судебного решения по своему иску путем представления подложных документов или дачи ложных показаний.

Суд также постановил, что ключевыми для установления факта преступления являются следующие: «В случае подачи в поддержку иска документов, применимость или значение, а также доказательная ценность которых в точности соответствует задаче суда, не является мошенничеством²¹⁴».

«Если одна из сторон умышленно представляет подложные юридические документы с целью обмануть судью, который в случае не разоблачения умысла, вынес решение, причиняющее ущерб интересам противной стороны, его действия рассматриваются как покушение на процессуальное мошенничество²¹⁵».

Дача ложных показаний, в том числе неоднократная, не является достаточной для признания факта совершения мошенничества за исключением тех случаев, когда она дополняется внешним обстоятельством или поведением, достаточным для введения в заблуждение. Указанные внешние факторы (махинации, поддельные документы, дача ложных показаний) должны возникнуть в

²¹⁴ Дело от 24 июня 1970

²¹⁵ Дело от 26 марта 1998 года, см. также Дело от 14 марта 1972 года

результате недобросовестности путем использования судебной системы для получения решения, которое причиняет противной стороне ущерб²¹⁶.

Для признания вины в совершении мошенничества необходимо, чтобы одна сторона сознательно и успешно совершила мошеннические действия с целью ввести судей в заблуждение.

Наказание за процессуальное мошенничество: административное и уголовное наказание

Статья 1382 Гражданского кодекса предусматривает привлечение к административной ответственности за процессуальное мошенничество. Пострадавшие от процессуального мошенничества должны обратиться к стороне обвинения суда большой инстанции (*près le tribunal de grande instance*) или в полицию в течение трех лет с даты вынесения судебного решения на основании мошенничества. Потерпевшие вправе требовать компенсацию за причиненный им ущерб. Потерпевший может стать одной из гражданского производства в уголовном суде и обратиться за компенсацией финансовых убытков и морального вреда.

Каждый, кто злоупотребляет своим правом на обращение в суд, может быть наказан путем наложения в гражданском порядке штрафа и взыскания компенсации финансовых убытков и морального вреда, или путем привлечения к уголовной ответственности. То есть в случае оправдания или отклонения иска уголовный суд, тем не менее, может применить уголовное или иное наказание.

В соответствии со статьей 32-1 Уголовно-процессуального кодекса судья вправе назначить наказание в отношении лиц, виновных в процессуальном мошенничестве в том случае, если совершенное ими мошенничество включает в себя «преобразование в злоупотребление правом на обращение в суд».

Согласно положениям Уголовно-процессуального кодекса судья является арбитром и гарантом правильного применения процедурных норм при отправлении правосудия в рассматриваемых им делах; за нарушения данных норм сторонами он вправе назначить наказание как в гражданском (раздел 1), так и в уголовном (раздел 2) порядке.

Судебная практика Верховного суда следующим образом определяет условия выплаты компенсации в гражданском порядке: «По своей сути обращение в суд является правом, злоупотребление которым может повлечь за собой взыскание компенсации в случае, если обращение было злонамеренным или недобросовестным, а также по своей ошибочности приравнено к мошенничеству». В случае если судья придет к выводу о том, что обращение истцом в суд было необоснованным или нарушало права другой стороны, он может назначить наказание в виде штрафа в размере до 3 000 евро. В случае злонамеренного судебного производства может быть назначено наказание в виде штрафа в размере до 15 000 евро. Судья может назначить штраф в гражданском порядке только в отношении истца или просителя, но не в отношении ответчика, который имеет право на любую назначенную компенсацию ущерба.

Уголовное право предусматривает наказание за действия, которые нарушают справедливость представленных в суде доказательств. Оно также предусматривает возможность пресечения попыток ввести судью в заблуждение с целью причинения ущерба другим лицам. Особыми положениями предусмотрено наказание за преднамеренное изменение представленных суду письменных документов, показаний свидетелей или вещественных доказательств.

- Письменные доказательства: Статья 441-1 Уголовного кодекса дает определение и предусматривает наказание за подделку документов «целью или возможным последствием которой могло быть доказательство права или действия, имеющего правовые последствия».

²¹⁶ Дело 20 апреля 2005, апелляционная жалоба №: 04-84828

- Показания свидетелей: Статья 434-11 Уголовного кодекса, которая предусматривает наказание за отказ давать показания в пользу невиновного лица, применяется в отношении ограниченного числа указанных лиц и редко применяется на практике.
- Лжесвидетельство: Чаще применяется статья 434-13. За дачу под присягой в суде или сотруднику уголовной полиции ложных показаний предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок в пять лет и наложение штрафа в размере 75 000 евро. Однако лицо, давшее ложные показания, освобождается от наказания в случае спонтанного отказа от своих показаний до вынесения следственными органами или судом первой инстанции решения о прекращении производства.
- Статья 434-15 предусматривает наказание за дачу или получение, в том числе безуспешные, взятки. То есть за обещания, посулы, дачу подарков, оказание давления, угрозы, насильственные действия, манипуляции или обман, совершенные в ходе судебного разбирательства или в отношении искового требования или стороны защиты в суде с целью заставить кого-либо дать или представить показания, сделать заявление или affidavit, предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок в три года и наложение штрафа в размере 45 000 евро даже в том случае, если дача или получение взятки не состоялось.
- Вещественные доказательства: Статья 434-4 Уголовного кодекса предусматривает определение и наказание за уничтожение вещественных доказательства в случае, если оно «было совершено с целью воспрепятствовать установлению истины». Наказание в виде лишения свободы на срок в три года и наложение штрафа в размере 45 000 евро предусматривается за оба деяния - видоизменение места преступления или правонарушения путем изменения, подделки или уничтожения улик или доказательств, а также путем подбрасывания, перемещения или сокрытия конкретных улик; и за уничтожение, похищение, сокрытие или внесение изменений в документы частного или общественного характера или улики, которая могла бы помочь раскрыть преступление или правонарушение, обнаружить улики или осудить виновного.

Соединенное Королевство

В Соединенном Королевстве обращение в суд с мнимыми спорами появилось в праве Англии и Шотландии в 1890-е годы. Обращением в суд с мнимыми спорами считается любое обращение в суд исключительно с целью доставить беспокойство или ослабить положение противной стороны независимо от существа иска. Оно может быть осуществлено в виде подачи предварительного явно необоснованного иска, может быть выражено в неоднократном, обременительном и неоправданном обращении с ходатайствами в деле, которое в других обстоятельствах было бы обоснованным.

Обращение в суд с мнимыми спорами рассматривается как злоупотребление юридическими процедурами и может повлечь за собой наказание виновного лица. Суды Соединенного Королевства обладают полномочиями выносить решения по бессодержательным искам и жалобам. Они имеют право исключить иск из списка дел, подлежащих рассмотрению, признав его злоупотреблением процессуальных действий суда; имеют право по собственной инициативе или по ходатайству одной из сторон производства вынести постановление, ограничивающее правоспособность одной из сторон производства подавать дальнейшие жалобы или иски.

Одного единственного иска, даже явно необоснованного, как правило, не достаточно для признания одной из сторон сутяжником, однако неоднократная подача серьезных исков одним адвокатом или юридической компанией может привести к лишению права адвокатской практики.

В Англии и Уэльсе Генеральный Атторней, который представляет общественные интересы при отправлении правосудия, вправе в соответствии с разделом 42 Закона о Верховном суде 1981 года, обратиться с заявлением в Апелляционный суд с просьбой о выдаче распоряжения о возбуждении гражданского производства или распоряжения о возбуждении уголовного производства для

признания лица сутяжником. В случае обращения с мнимыми исками и в уголовный, и в гражданские суд, Генеральный Атторней может в соответствии с разделом 42 обратиться за получением распоряжения по распоряжении о возбуждении общего производства. Данные распоряжения выносятся с целью ограничить правоспособность физического лица обращаться с дальнейшими исками или жалобами в рамках рассмотрения текущих исков без соответствующего разрешения судьи Высокого Суда или Апелляционного суда по трудовым спорам (ЕАТ).

В соответствии с указанными законами производство по обращению в суд с мнимыми спорами может быть возбуждено только Генеральным Атторнеем Ее Величества, а решение о принятии заявления в производство может быть принято только после проведения тщательного расследования Управлением Поверенного Казначейства действий отдельного лица, в рамках которого один из представителей судебного ведомства (Генеральный Атторней или Генеральный Солиситор) устанавливает, что подача иска отвечает общественным интересам.

При определении, подпадает ли истец под указанную категорию или нет, и, следовательно, может ли он рассматриваться в качестве надлежащего объекта жалобы, один из представителей судебного ведомства должен принять во внимание количество и тип производства, поведение и характер указанного лица во время разбирательства, степень причиненного заявителем неудобства, а также возможность продолжения необоснованного производства.

На деле Генеральный Атторней скорее всего не будет вмешиваться до тех пор, пока по меньшей мере шесть отдельных исков, поданных субъектом, не будут проиграны или исключены из списка дел. При этом указанное число не является абсолютным и каждое дело может быть рассмотрено по существу.

В случае если Генеральный Атторней принимает решение об оправданности жалобы, Поверенный Казначейства подает жалобу в Апелляционный суд и Апелляционный суд по трудовым спорам (в установленном порядке).

Постановление об избрании меры пресечения в гражданском порядке представляет собой средство защиты для тех лиц, которые два или более раз стали объектом недобросовестных исков или жалоб, поданных одним и тем же лицом по одному и тому же делу. Выдается оно достаточно быстро и на срок до двух лет, и предусматривает ограничение для субъекта возможности предпринимать дальнейшие шаги в соответствии с предписанием постановления и без разрешения ответственного судьи. Постановления об избрании меры пресечения не требуют вмешательства Генерального Атторнея (см. практическое указание 3с части 3.11 Гражданского процессуального кодекса).

4.1.3 Заключение

Европейские страны используют различные меры по определению, предупреждению и наказанию поведения, которое не является добросовестным осуществлением таких прав, как доступ к суду или право на защиту. Законные ограничения указанных прав включают в себя наложение судебных пошлин до начала судебных разбирательств, возможность рассмотрения кассационных жалоб или наложения гражданского штрафа за злоупотребление правом обращения в суд высшей инстанции. Допустимыми также являются ограничения, связанные с личностью сторон производства, то есть ограничения правоспособности недобросовестных истцов подавать заявления и иски. Серьезные формы процессуальных нарушений наказываются штрафами, привлечением к ответственности за причиненный ущерб или уголовным наказанием.

4.2 Обеспечительные меры

В контексте корпоративных конфликтов возможно неправомерное применение различных аспектов судебных процедур. Неправомерное применение может быть спланировано и реализовано только одной из сторон и в нем могут быть задействованы судьи, которые были подкуплены или не являются достаточно независимыми (в ряде стран отсутствие независимости

является постоянным условием для оказания содействия незаконному поглощению компаний или нарушения правил конкуренции)²¹⁷.

Врезка 6. Неправильное применение судебных решений в целях корпоративного рейдерства²¹⁸

«Применение судебных решений (в том числе решений арбитражных судов), вынесенных без достаточных обоснований. Судебные решения служат основанием практически для всего - запрета на проведение общих собраний акционеров, запрета для отдельных акционеров на посещение собраний акционеров, смены руководства, секвестра имущества, подтверждения права собственности и права владения акциями и долговыми обязательствами, решения вопроса о действительности решений собрания акционеров, и т.д. Судебные решения также служат основанием для недружественного поглощения путем банкротства и ликвидации компании. Даже если в дальнейшем судебные решения отменяются, рейдерам удается укрепить во время кассационного производства свое положение с помощью других средств. О роли, которая отводится судам при реализации рейдерских схем, свидетельствует тот факт, что недавно был принят ряд законов, которыми предусматривались условия, при которых арбитражные суды не могли участвовать в реализации рейдерских схем, а также уголовная ответственность судей, которые выносили решения вне рамок своей компетенции».

Обращение в суд может незаконно применяться с целью, например, добиться судебных решений для легализации поддельных документов, наложения ареста на акции мажоритарных акционеров или иных активов, запрета на продажу имущества компании (в том числе продукции покупателям). В других случаях обеспечительные меры используются для того, чтобы лишить акционеров права голосовать на собраниях акционеров²¹⁹. В большинстве очевидных случаях дачи взятки судьи умышленно выносят незаконные решения²²⁰. Даже в тех случаях, когда удается добиться отмены обеспечительных мер, они уже привели к негативным и необратимым последствиям, особенно в случаях, когда меры затронули права голосования выступающего в роли ответчика акционера. При этом доказать факт дачи взятки судье, который произвольно вынес решение о применении обеспечительных мер, способствующих реализации рейдерского захвата компании, практически не представляется возможным.

Возможность затребовать и добиться применения в рамках гражданского производства обеспечительных мер в отношении вероятного имущества ответчика сопряжено с определенным риском. Возможно злоупотреблением данной процедурой, поскольку стандарты удовлетворения таких ходатайств являются слишком размытыми и мягкими, а в худших случаях судья не является справедливым или независимым. Во время корпоративного конфликта недобросовестная сторона может воспользоваться с пользой для себя обеспечительными мерами, поскольку таким образом она может немедленно нанести серьезный ущерб противной стороне (в частности, в связи с замораживанием активов может быть немедленно приостановлена деятельность компании), пересмотр такого иска против ответчика возможен без участия его представителей²²¹, а стандарты доказывания иска на данном этапе могут сводиться к наличию *достаточно серьезных доказательств* дела.

²¹⁷ Г. Зиммерер *Рейдерские захваты на Украине* (2012), стр. 4. Zimmerer, G. (2012) [*Raider Attacks in Ukraine*], доступно на: <http://ti-ukraine.org>

²¹⁸ Ю. Шмагина, В. Пацюк *Рейдер нечаянно нагрянет, когда его совсем не ждёшь*. ULGroup Association, Shmagina, Y, Patsyuk, V, [*Raider appears out of nowhere, there's no way to escape*], доступно на: <http://ulga.com.ua/>

²¹⁹ *Предложения по повышению эффективности борьбы с рейдерством (незаконным захватом собственности)* Журнал *Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование*, доступно на: <http://dpr.ru>

²²⁰ Федоров, А. (2010) *Рейдерство и корпоративный шантаж*, доступно на: www.zahvat.ru

²²¹ Пересмотр дел без участия ответчика является опасным средством запугать ответчика и в других случаях, например при установлении задолженности, о которой он может даже не подозревать. См., например, Г. Зиммер «Рейдерские захваты на Украине» (2012), стр. 6.

4.2.1 Российская Федерация

В соответствии со статьей 99 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд по заявлению организации или гражданина вправе принять предварительные обеспечительные меры, направленные на обеспечение имущественных интересов заявителя до предъявления иска. Федеральный арбитражный суд Уральского округа в своем постановлении № F09-2512/09-С6 от 29 апреля 2009 года упоминает данное право и поясняет, что суд может применить временные меры в том случае, если их отсутствие может затруднить или помешать исполнению судебного решения, а также с целью недопущения причинения заявителю серьезного ущерба.

Временные меры должны соответствовать установленным требованиям, то есть они должны быть направлены непосредственно на предмет спора, быть соразмерными заявленным требованиям, быть необходимыми и достаточными для обеспечения исполнения судебного решения или предотвращения причинения ущерба. Однако недобросовестные стороны гражданского производства могут прибегнуть к временным мерам с целью решения собственных проблем, а не защиты субъективных прав. Не всегда запрет или ограничение права пользования или управления арестованным имуществом является оправданным. Например, в своем решении по кассационной жалобе от 4 июля 2012 года по делу № 33-5887/12 Волгоградский районный суд удовлетворил ходатайство о признании определения судебных приставов об аресте незаконным в связи с тем, что не были представлены доказательства необходимости запретить пользование замороженными активами должника.

4.2.2 Международные критерии

Право судов применить обеспечительные меры с целью прекращения незаконных действий в любом случае является основным правом любого правового суверенного государства. Основной задачей применения обеспечительных мер является немедленное прекращение незаконных действий. Зачастую невозможность принять обеспечительные меры лишает последующее судебное разбирательство целесообразности, поскольку к тому времени как будет принято окончательное решение по существу дела, уже будет нанесен невозместимый ущерб.

Возможность применения обеспечительных мер предусмотрена рядом международных инструментов: Статья 50 **Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности**²²² (далее TRIPS) гласит, что государства-члены должны гарантировать предоставление своим судам права принимать обеспечительные меры когда это уместно, в частности, в случаях, если существует вероятность того, что любая задержка причинит непоправимый вред правообладателю.

4.2.3 Прочие международные критерии и критерии государств-членов Совета Европы

На европейском уровне обеспечительные меры были введены, и их регулирование осуществляется в определенных областях, в частности в области защиты интеллектуальной собственности, прав потребителей и законодательства о конкуренции.

Директива № 98/27/ЕС об обеспечительных мерах гарантирует защиту коллективных интересов потребителей на внутреннем рынке путем предоставления средств для обращения в суд для прекращения нарушения прав потребителей. На уровне Европейского Союза обеспечительные меры могут быть применены в контексте законодательства о конкуренции.

Директива ЕС № 2004/48/ЕС о защите прав на объекты интеллектуальной собственности (далее IPRED), например, предусматривает необходимость для государств Европейского Союза предоставить субъектам права доступ к определенным мерам, в том числе возможности подать заявление на применение обеспечительных мер с целью предотвращения предстоящего нарушения

²²² *Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* World Trade Organisation, [[Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights](#)], доступно на: www.wto.org

или прекращения существующего нарушения. В директиве также говорится о том, что такого рода обеспечительные меры должны быть справедливыми и соразмерными, и не должны быть чрезмерно сложными или дорогостоящими, либо приводить к необоснованно длительному сроку применения или неосновательным задержкам. Кроме того, они должны быть эффективными, соразмерными, носить сдерживающий характер, применяться таким образом, чтобы не допустить появления препятствий для законной коммерческой деятельности и предусматривать гарантии от злоупотреблений. Как и статья 50(2) TRIPS, директива рекомендует, например, в случае принятия обеспечительных мер без заслушивания ответчика обеспечить в рамках национального законодательства возможность проведения слушания с целью пересмотра дела в качестве гарантии соблюдения права ответчика на защиту.

Почти во всех европейских странах предусмотрены специальные средства правовой защиты для обеспечения сохранности доказательств путем изъятия определенных документов, имеющих отношение к производству или выдаче *ex parte* (односторонних) ордеров на обыск в делах, касающихся коммерческих тайн или нарушения права на объекты интеллектуальной собственности, а также направленных на получение предположительно правонарушающей информации или контрафактного товара. Необходимо отметить, что, тем не менее, данное применение указанных положений жестко ограничивается законодательством, которое обеспечивает защиту доступа к данным или личной информации. Кроме того, защита интеллектуальной собственности, коммерческой тайны или иной конфиденциальной информации предусматривает соблюдение определенных процессуальных норм, целью которых является недопущение сбора компрометирующей информации или иных видов нарушения ее конфиденциальности. Зачастую право ознакомиться с полученной информацией предоставляется только судам или адвокатам истца. На практике такого рода специальные распоряжения почти никогда не выносятся, поскольку существует большая вероятность нарушения прав других лиц: на истцов, добывающихся удовлетворения своих ходатайств, накладывается крайне тяжелое бремя доказательства.

Производство в отсутствие ответчика

Во всех государствах-членах Европейского Союза существует возможность принятия обеспечительных или предупредительных мер без заслушивания ответчика. Это происходит главным образом в тех делах, в которых правообладатели с небольшой долей вероятности могут получить компенсацию за ущерб или в которых существует возможность уничтожения доказательств, или в которых заслушивание ответчика приведет к задержке производства, что причинит невозместимый ущерб правообладателям, в случаях, когда предшествующее применение временных мер может воспрепятствовать эффективному применению предупредительных мер или их прекращению, или когда возможные встречные возражения ответчика заведомо являются несостоятельными.

В Португалии суды, как правило, не выносят запретительные решения без заслушивания ответчика. В Австрии обеспечительные меры могут быть применены без заслушивания ответчика в том случае, если истец не сможет добиться компенсации ущерба в случае уведомления предполагаемого правонарушителя. В Бельгии для принятия обеспечительных мер необходимы более надежные доказательства, например, наличие безусловной необходимости при которой отсутствие обеспечительных мер приведет к грубому и непоправимому нарушению прав истца. В Германии истец, требующий применения обеспечительных мер, должен представить *наличие достаточно серьезных доказательств* того, что возможные встречные возражения предполагаемого правонарушителя являются необоснованными²²³.

Правила представления доказательств

В разных странах существуют различные требования к качеству доказательств, необходимому для убеждения судов в том, что истец является правообладателем, и что его права были нарушены,

²²³ Обеспечительные меры в отношении объектов интеллектуальной собственности, Европейский обзор контрафакта и пиратской продукции European Commission, [*Injunctions in Intellectual property rights*], European Observatory on counterfeiting and piracy, доступно на: <http://ec.europa.eu>

или что такое нарушение является неизбежным, но при этом минимально необходимым доказательством является наличие *достаточно серьёзных доказательств*.

В Соединенном Королевстве, в соответствии с Законом об авторских правах, дизайне и патентам 1988 года, заявитель должен доказать путем демонстрации более высокой вероятности, что он является правообладателем объекта интеллектуальной собственности и что законом введены определенные презумпции авторских прав, при том, что в отношении торговой марки и патентных прав сам факт регистрации рассматривается как доказательство того, что истец является правообладателем собственности²²⁴.

Истец, как правило, должен доказать, что он не сможет добиться возмещения ущерба в случае непринятия обеспечительных мер, однако в Соединенном Королевстве заявитель должен доказать, что он не сможет добиться соразмерной компенсации ущерба, причиненного обычным производством. В некоторых странах отказ нарушителем исполнять распоряжение о приостановке или отмене платежей рассматривается судом как обстоятельство, свидетельствующее о серьезности опасности и неизбежности нарушения. В Финляндии Верховный суд обязал суды проводить анализ соразмерности путем сравнения выгоды, получаемой истцом от применения обеспечительных мер, и расходами и убытками, которые могут быть понесены предполагаемым нарушителем. В Бельгии суды, как правило, перед принятием обеспечительных мер проводят проверку на предмет абсолютной необходимости.

В Германии от степени очевидности нарушения зависит уровень сложности процедуры: если обеспечительные меры применяются с целью обеспечить искивные требования компенсации причиненного нарушением ущерба, в обязательном порядке приводится подробная оценка ущерба. Размер искового требования, как правило, определяется судом и составляет от одной трети до одной второй суммы причиненного ущерба²²⁵.

Права ответчика

В таких странах как Польша, Испания, Португалия и Швеция обеспечительные меры должны применяться только после вступления в силу решения, принятого в рамках обычного рассмотрения дела по существу, и при условии, что возбуждение обычного производства приводит к тому, что обеспечительные меры становятся недействительными и не имеющими законной силы²²⁶.

В соответствии с IPRED, государства-члены должны предусмотреть положения, обеспечивающие отмену или прекращение действия временных мер по ходатайству ответчика в случае, если истец отказывается возбудить в разумный срок производство, которое бы закончилось вынесением решения по существу дела компетентным судом. Разумный срок определяется компетентным судом или законом (как правило, он составляет 20 или 30 рабочих дней).

Для того, чтобы вынести решение о применении временных мер, суд, как правило, должен обязать ответчика представить имеющиеся у него доказательства, которые бы в той или иной степени убедили суд в том, что истец является правообладателем и его права были нарушены.

В соответствии со статьей 584 Судебного кодекса Бельгии, суд может обязать истца выплатить ответчику соответствующую компенсацию ущерба, причиненного обеспечительными мерами, в случае, если указанные меры были отменены или их действие прекращено в связи с бездействием истца или установленным отсутствием нарушения или возможности нарушения. При этом присуждение компенсации происходит по ходатайству ответчика.

²²⁴ Закон об авторских правах, дизайне и патентах [*Copyright, Designs and Patents Act 1988*], доступно на: www.legislation.gov.uk

²²⁵ Закон о налогах и предпринимательстве Германии, авторы: Флориан Вульф, Дитмар Волкер, Кристофер Ботт; издательство Sweet & Maxwell, 2005 Florian Wolff; Dietmar Voelker; Kristofer BottPublished, [*German Tax and Business law*], Sweet & Maxwell

²²⁶ См. выше 220

В Финляндии компенсация такого рода присуждается независимо от того, были ли расходы связаны с небрежностью или умыслом истца, а во Франции ответчик может обратиться за компенсацией в соответствии со статьей 1382 (процессуальное злоупотребление)²²⁷.

В Испании компенсация без проведения слушания присуждается ответчику, в отношении которого были применены обеспечительные меры, и которому в результате применения эти мер был причинен ущерб²²⁸.

В Соединенном Королевстве заявителя могут обязать представить встречные обеспечительные меры в связи с ущербом, то есть пообещать компенсировать любые убытки, понесенные ответчиком в связи с применением обеспечительных мер в случае, если будет установлено, что истец ошибался. Ответчик может потребовать в качестве гарантии выплаты наличными вместо наложения запрета в случае, если он *bona fide* (добросовестно) обеспокоен вопросом платежеспособности истца или истец находится за пределами страны. Если ответчик не в полном объеме или необъективно представил все существенные факты, в том числе о не применении обеспечительных мер, его могут обязать выплатить компенсацию.

Кроме того, в ряде стран недопустимым является применение обеспечительных мер против третьих лиц, которые приобрели имущество у предполагаемого нарушителя. Нередко такого рода средства правовой защиты являются доступными независимо от добросовестности или недобросовестности третьего лица, хотя последнее не может привлекаться к ответственности за причинение ущерба за исключением тех случаях, когда оно проявило халатность или знало о захвате. В Италии специальные положения о коммерческой тайне позволяют истцу возбудить производство по делу о захвате и недобросовестной конкуренции в отношении третьего лица в том случае, если приобретатель знал о факте захвата²²⁹.

Применение в отношении истца залога и другие требования

Суды вправе вынести решение о применении обеспечительной меры при условии уплаты заявителем соответствующего обеспечительного депозита или гарантии, обеспечивающего компенсацию в случае необходимости, за любой ущерб, понесенный ответчиком.

В Швеции истец, как правило, должен оставить залог для принятия решения о применении временной меры. Размер залога определяется на основании дискреционной оценки судом, сделанной с учетом обстоятельств, таких как тяжесть нарушения, вероятность нарушения и ущерб, который может быть причинен ответчику. Если в Италии залог не требуется, то в Испании суды всегда выносят решение о применении обеспечительной меры при условии внесения залога.

В Бельгии, в соответствии со статьей 584 Судебного кодекса, суд может обязать ответчика внести разумный залог или залог в размере, равном поручительству, в целях выплаты компенсации любого ущерба, который может быть причинен ответчику. Размер определяется в соответствии со степенью вероятности причинения предполагаемому нарушителю ущерба, а также в соответствии с другими обстоятельствами дела.

В Соединенном Королевстве применение обеспечительных мер является, как правило, дорогостоящим и сложным с точки зрения соблюдения формальностей, а в Италии процесс вынесения решения о применении обеспечительных или иных крайних мер занимает несколько дней.

В случае отмены или прекращения обеспечительных мер в силу действия или бездействия правообладателя, или в случае, когда было установлено отсутствие нарушения права или возможности его нарушения, суд уполномочен по ходатайству ответчика обязать истца выплатить ответчику соответствующую компенсацию ущерба, причиненного применением этих мер.

²²⁷ Там же.

²²⁸ Там же.

²²⁹ Там же.

Однако в Италии в Кодексе промышленной собственности есть положение, согласно которому решение о применении обеспечительных мер может вступить в силу в том случае, если обе стороны отказались от возбуждения производства по существу спора в связи с тем, что обеспечительные меры рассматриваются как ожидаемый итог такого производства. Суд также может обязать истца выплатить ответчику соответствующую компенсацию любого рода ущерба, причиненного применением обеспечительных мер.

В Дании суды определяют размер залога и дают истцу несколько недель для его внесения.

Штрафы за несоблюдение обеспечительных мер

В различных странах предусматривается разное наказание за несоблюдение обеспечительных мер. В некоторых странах, где предусмотрена возможность наложения штрафа, размер штрафа остается невысоким, а средство правовой защиты заключается во взыскании расходов на более поздних этапах. Однако в Австрии истец может обратиться в суд с требованием о наложении штрафа в размере до 100 000 евро в том случае, если ответчик нарушил обеспечительные меры. В других странах предусмотрены положения, позволяющие повторно налагать штраф после проведения слушания, на котором были заслушаны доводы истца и предполагаемого правонарушителя.

Уголовная ответственность

В ряде стран за предумышленное неисполнение обеспечительных мер предусматривается уголовное наказание. В Соединенном Королевстве неисполнение судебных распоряжений рассматривается как неуважение к суду и наказывается наложением штрафа и лишением свободы.

В Германии возможно наказание в виде наложения штрафа в размере до 250 000 евро или лишения свободы на срок до шести месяцев, а в Италии - лишение свободы на срок вплоть до трех лет.

4.2.4 Заключение

Возможно, злоупотребление обеспечительными мерами поскольку стандарты удовлетворения таких ходатайств являются слишком размытыми и мягкими, а в худших случаях судья не является справедливым или независимым. Во время корпоративного конфликта недобросовестная сторона может воспользоваться с пользой для себя обеспечительными мерами, поскольку, таким образом, она может немедленно нанести серьезный ущерб противной стороне (в частности, в связи с замораживанием активов может быть немедленно приостановлена деятельность компании), пересмотр такого иска против ответчика возможен без участия его представителей, а стандарты доказывания иска на данном этапе могут сводиться к *наличию достаточно серьезных доказательств*. Такого рода проблемы существуют и в Российской Федерации, и в других странах.

Как и в других странах, в Российской Федерации суды имеют право выносить решения о применении временных охранительных мер с целью защиты имущественных интересов истца до начала судебного производства. В соответствии с российским правом, временные меры должны соответствовать установленным требованиям, то есть они должны быть направлены непосредственно на предмет спора, быть соразмерными заявленным требованиям, быть необходимыми и достаточными для обеспечения исполнения судебного решения или предотвращения причинения ущерба. Однако случается, что недобросовестные стороны гражданских правоотношений используют временные цели с намерением причинить ущерб, а не защитить законные субъективные права. Судебная практика свидетельствует о том, что не всегда запрет или ограничение права пользования или управления имуществом является оправданным.

Во всех странах Европы есть определенные гарантии защиты от такого недобросовестного применения, например, более высокие требования к доказательствам в тех случаях, когда решение о применении обеспечительных мер выносится в отсутствие ответчика, требование проведения

судом оценки соразмерности выгоды ответчика и расходов и ущерба ответчика, выплата ответчику компенсации, требование внесения истцом залога и другие.

4.3 Преклюзивный эффект судебных решений по гражданским и коммерческим делам

В определенных случаях сторона корпоративного конфликта может понести ущерб в случае вынесения судом решения в рамках гражданского производства и при этом не являться участником или стороной данного производства. Правовые взаимоотношения могут быть установлены или отменены без предоставления заинтересованной третьей стороне возможности оспорить доказательства, исковые требования или окончательное решение.

4.3.1 Российская Федерация

В 2009 году в Уголовно-процессуальный кодекс были внесены поправки после того, как Конституционный Суд вынес решение по делу Суринова, которым отменил обвинительный приговор в отношении истца, поскольку последний не смог добиться предъявленных ему обвинений в растрате несмотря на то, что *арбитражные суды* вынесли определения, в которых говорилось, что он законным образом приобрел оспариваемое имущество. В соответствии с поправками, решения *арбитражных судов* были признаны обязательными для исполнения следователями и прокурорами. Несмотря на то, что в деле Суринова это решение было обоснованным²³⁰, внесение указанных поправок рассматривается как предоставление недобросовестным истцам возможности для злоупотреблений *арбитражным процессом*.

Одним из примеров злоупотребления преклюзивными последствиями судебных решений является одна норвежская компания. В деле «Теленора» после того, как между норвежской компанией «Теленор» и его партнером по совместному предприятию компанией «Сторм» возник спор по поводу компании «Киевстар» (телекоммуникационный оператор и совместное предприятие), «Теленор» в 2006 году обратился в арбитражный суд с иском против «Сторма» в соответствии с арбитражным соглашением, указанным в акционерном договоре. После этого последовал ряд судебных разбирательств в многочисленных юрисдикциях. После обращения «Теленора» в арбитражный суд, компания-учредитель «Сторма» по предварительному створу возбудила в украинских судах производство против «Сторма» с целью добиться признания акционерного договора недействительным. Компания «Сторм» не была представлена в суде адвокатом и не возражала против действий Украины, а «Теленор» в качестве ответчика не фигурировал. После рассмотрения кассационной жалобы кассационный суд признал пункт об арбитраже в акционерном договоре недействительным²³¹. Таким образом, благодаря судебному производству, возбужденному по предварительному створу, и злоупотреблению преклюзивными последствиями судебных решений, компании «Сторм» удалось добиться признания соглашения с «Теленором» недействительным.

4.3.2 Государства-члены Совета Европы

В европейских странах действует тщательное регулирование преклюзивных последствий на судебные решения в гражданских и коммерческих делах. Данное регулирование охватывает в том числе последствия судебных решений в отношении третьих лиц.

Франция

Во Франции решение суда считается окончательным и, следовательно, имеющим преклюзивный эффект в том случае, если сторона, против которой было вынесено решение, получила уведомление об исполнении, а решение не может быть пересмотрено во время исполнения.

²³⁰ Журнал *российского права*, Прелюдии актов арбитражных судов в уголовном процессе: новое прочтение, Гарант, доступно на: <http://base.garant.ru>

²³¹ *Теленор* Gary Born, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (2009), [*Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*], Kluwer Arbitration Blog, доступно на: <http://kluwarbitrationblog.com>

Решение может иметь преклюзивный по отношению к другому иску эффект в том случае, если второе производство касается (1) тех же сторон, (2) тех же средств правовой защиты и (3) тех же законных оснований.

Преклюзивные последствия указанных в решении требований распространяются на все стороны производства, а также на третьи стороны, обычно участвующие в производстве с целью добиться возмещения ущерба.

Как правило, судебное решение не может затрагивать третью сторону, хотя некоторые решения обладают *erga omnes* силой в том смысле, то они должны быть приняты третьими сторонами во внимание. Обычно такие решения выносятся по спорам о национальности, интеллектуальной собственности и установлении отцовства.

В случае если интересы третьей стороны затронуты спором, а в первом судебном производстве она или ее представитель не участвовали, третья сторона может оспорить вынесенное решение и через суд апелляционной инстанции добиться его отмены.

Германия

В соответствии с пунктом 322 Гражданского процессуального кодекса Германии (ГПК Германии), большинство судебных решений могут иметь существенный *res judicata* (*вступивший в законную силу*) эффект. Сфера применения *res judicata*, однако, достаточно узкая и не охватывает предварительные вопросы или мотивировочную часть решения. Решение может иметь преклюзивный эффект в том случае, если оно содержит «то же самое основания для иска» (см. §322(1) ГПК Германии) и затрагивает «те же самые стороны», что и другой иск.

Пресечение подачи иска не распространяется на установление обстоятельств дела даже в том случае, если указанные выводы приводятся в мотивировочной части решения и решение на них основано; оно также не распространяется на выводы суда по вопросам права или доводы защиты, приведенные ответчиком. Они могут быть заново оспорены в последующих исках.

Однако одна из сторон может добиваться дополнительного декларативного решения в целях применения принципа *res judicata* в отношении вопросов, которые являются случайными по отношению к главному предмету спора (например, в споре о договорных убытках ответчик может не только добиваться отмены иска о возмещении ущерба, но и вынесения декларативного заключения о недействительности договора, тем самым применяя к вопросу действительности договора принцип *res judicata*, см. пункт 256 (2) ГПК Германии).

Преклюзивные последствия распространяются только на стороны производства, их правопреемников (§325(1) ГПК Германии) и других взыскателей или ответчиков по делу (§322(1) ГПК Германии).

Тем не менее, одна из сторон может обратиться с требованием о расширении действия, которое называется *Interventionswirkung* (§§74(3) и 68 ГПК Германии) и лишает третью стороны возможности ставить под сомнение фактографическую или правовую основу ранее вынесенного решения. Однако оно не распространяется на выводы суда относительно обстоятельств или вопросов права, которые не являлись необходимыми для предшествующих решений.

Несмотря на то, что заключение суда по правовым вопросам или фактам в отношении случайных обстоятельств не является обязательным для последующих судебных разбирательств, при рассмотрении последующего иска они являются для суда обязательными в части случайных обстоятельств в случае, если какая-то часть предмета предшествующего иска (*Streitgegenstand*) снова будет фигурировать как случайный вопрос в последующих производствах (например, декларативным решением было установлено право собственности на какое-либо имущество, а затем вопрос собственности снова стал фигурировать в последующем производстве по делу о причинении ущерба этому имуществу).

Румыния

В Румынии преклюзивный эффект постановления распространяется на иски, которые в существенной степени касаются одного и того же предмета спора, построены на одних и тех же основаниях, имеют под собой одно и то же правовое обоснование, затрагивают одни и те же стороны, что и в первоначальном производстве.

Преклюзивные последствия также распространяется на других взыскателей или ответчиков, а также третьи или привлеченные стороны изначального производства. Поэтому суд может обязать многочисленных других взыскателей или ответчиков присутствовать в суде. Решение является обязательным для правопреемников, других должников и супругов (в случае если решение касается совместного имущества, приобретенного в браке) даже в том случае, если они не выступали в качестве сторон производства, поскольку между лицом, не участвующим в судебном разбирательстве, и лицом, выступающим одной из сторон судебного разбирательства, существует тесная взаимосвязь.

Пресечение преклюзивных последствий не распространяется на лиц, которые не связаны со сторонами производства какими-либо правовыми отношениями.

Швеция

Преклюзивные последствия исковых требований могут распространяться на требования, касающиеся, в первую очередь, «одного и того же рассматриваемого вопроса». Верховный суд Швеции разъяснил толкование термина «рассматриваемый вопрос» в целом с целью сфокусироваться на необходимом средстве правовой защиты, что означает, что решение должно иметь преклюзивный эффект в отношении всех обстоятельств, которые могут быть заявлены как подкрепляющие эти же средства правовой защиты независимо от того, были они заявлены или нет. Это же препятствие осуществлению распространяется на количественные изменения, внесенные в исковые требования о возмещении ущерба. Верховный суд разъяснил толкование определения «законная сила» с целью предусмотреть это же средства правовой защиты, либо любые другие средства правовой защиты, являющиеся альтернативными или с финансовой точки зрения равнозначными средству правовой защиты, использованному в первом иске. В то же время дополнительные средства правовой защиты не являются препятствием для подачи последующего иска на основании этих же обстоятельств дела.

Одна из сторон искового производства, в котором было вынесено окончательное решение, не может возбуждать новое производство на основании этого же иска и тем самым лишить предыдущее судебное решение законной силы. В случае обращения с новым иском с теми же требованиями против той же стороны в то время, когда производство по первому иску еще не закончено, суд должен отказать в рассмотрении дела на основании *lis pendens*; при этом суд может принять решение оставить второй иск без движения до тех пор, пока не будет вынесено решение по первому производству.

Законная сила является обязательной в том числе и для третьих сторон, которые имеют отношение к производству в силу наличия правовых отношений с взыскателем или ответчиком. Например, в случае если одна из сторон передала свое право собственности на имущество третьей стороне во время производства, решение будет иметь законную силу и для третьей стороны. Партнеры компании несут совместную и обязательную ответственность за соблюдение партнерских обязательств и, соответственно, решение суда, вынесенное не в их пользу, является обязательных для обоих. Постановление по делу о погашении задолженности должником кредиторю применяется в пользу, а не в ущерб, поручителя или третьей стороны. Кроме того, согласно законодательству об акционерных обществах, акционер в целом не несет ответственности по обязательствам компании, однако некоторые акционеры могут быть привлечены к ответственности в зависимости от того, была ли «снята корпоративная вуаль».

Постановления могут иметь *erga omnes* (в отношении всех) эффект в случаях, касающихся признания недействительности патентов, когда судебное решение имеет законную силу во всех странах мира. Такой вид законной силы является односторонним в том смысле, что в случае

отказа в удовлетворении иска, другие стороны не лишаются права подачи аналогичного искового заявления²³².

Испания

В соответствии со статьей 222 Гражданского процессуального кодекса, окончательное решение суда, которым иск был удовлетворен или в удовлетворении которого им было отказано, влечет за собой значительные *res judicata* последствия, которые не позволяют возбудить в дальнейшем производство, касающееся того же самого предмета спора между теми же самыми сторонами.

Только окончательные решения суда, которыми иск был рассмотрен по существу, могут иметь значительные *res judicata* последствия, не позволяющие возбудить производство по аналогичному спору между теми же сторонами. Поэтому принцип *res judicata* не применяется к достигнутым сторонами мировым соглашениям, которые просто фиксируются судебным распоряжением, или к исковым заявлениям, которые были отозваны до того, как суд вынес определение по существу.

Статья 222 Гражданского процессуального кодекса предусматривает четкое требование к установлению предмета спора до того, как проявятся пресекающие последствия. Однако из правовых комментариев и судебной практики ясно следует, что тройную проверку личностей одних и тех же сторон, оснований иска и предмета спора следует, по сути, проводить до того, как вступит в действие пресечение подачи иска.

Верховный суд представил рекомендации относительно определения «одни и те же основания для иска», подчеркнув, что суды должны сравнивать значимые факты или права собственности, которые лежат в основе иска, для того, чтобы установить являются ли основания для иска одними и теми же. Поэтому многие комментаторы сводят сферу применения принципа *res judicata* к резолютивной части судебного решения, исключив при этом доводы защиты, правовые аспекты и доказанные факты. Верховный суд четко дал понять, что обязательный характер предшествующих решений распространяется не только на резолютивную часть судебного решения, но и на те элементы решения, которые обуславливают определения и являются по логике обязательными для разрешения спора.

Постановления, касающиеся исключительно процессуальных вопросов, как правило, не имеют значительных *res judicata* последствий, несмотря на то, что такие решения, которые в силу несоблюдения процессуальных требований закрывают производство, также влекут за собой *res judicata* последствия, которые сводятся к процессуальным вопросам о предмете решения (например, определение по вопросу юрисдикции).

Принцип *res judicata* распространяется на других взыскателей или третьей стороны, которые фигурировали в распоряжении суда, при том, что на третьей стороны, которые участвовали *sua sponte* (по своей собственной инициативе), принцип *res judicata* не распространяется так как считается, что они были заинтересованы в споре косвенным образом.

Пункт 3 статьи 222 Гражданского процессуального кодекса прямо распространяет действие принципа *res judicata* на наследников и уполномоченных сторонами лиц, а также всех акционеров, обладающих правом обратиться с иском по поводу оспаривания корпоративных решений независимо от того, оспаривали они постановление или нет.

В случае неделимых обязательств или исков в отношении совместных исков обязательные правовые нормы подразумевают объединение взыскателей или ответчиков с тем, чтобы они могли считаться стороной судебного разбирательства, к которому применяется принцип *res judicata*. Для

²³² Последствия судебных решений в гражданских и коммерческих спорах в странах Европы: признание, *res judicata* и процессуальное злоупотребление Andrew Dickinson (2007), [*The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters*], Recognition, Res Judicata and Abuse of Process, доступно на: www.biicl.org

компаний, осуществляющих свою деятельность в рамках одной группы компаний, как правило, решение, затрагивающее одну из них, не является обязательным для группы, поскольку они являются отдельными юридическими лицами. Однако при определенных обстоятельствах, как правило при условии наличия мошенничества, суд может поднять «корпоративную вуаль» и не обращать внимания на правовую форму сторон в пользу их правового статуса.

Решения по делам о семейном положении, браке, принадлежности к организации, отцовстве, недееспособности или восстановлении в правах также имеют *erga omnes* значение.

4.3.3 Заключение

Регулирование принятых судом пресекательных последствий судебных решений является характерным как для гражданских процессуальных, так арбитражных процессуальных кодексов. Указанные положения направлены на определенную степень координации судебных решений и сохранения единства судебной системы. Они также отвечают требованиям о поддержании эффективности судов без повторного обсуждения уже изученных судом доказательств.

Тем не менее, возможно злоупотребление пресекательными последствиями со стороны недобросовестных истцов, которые добиваются получения predetermined судебных решений с целью использования их в других судебных разбирательствах, затрагивающих права и интересы третьих лиц.

Указанные в сравнительном анализе страны предусмотрели многочисленные гарантии, которые ограничивают преклюзивные последствия судебных решений с целью защиты прав и интересов третьих лиц. Такого рода последствия, как правило, применяются в отношении тех же сторон судебного разбирательства, того же средства правовой защиты и тех же законных оснований. Пресечение подачи иска не распространяется на выводы суда относительно обстоятельств или вопросов права, которые не являлись необходимыми для предшествующих решений, то есть по которым решение было принято судом в случайном порядке (в Германии). Пресечение не может применяться в отношении третьих сторон за важным исключением для решений, которые могут иметь *erga omnes* значение, таких как решения по делам о национальности, интеллектуальной собственности или установлении отцовства. Суды могут быть наделены полномочиями обязать других взыскателей или ответчиков присутствовать на судебном заседании для того, чтобы гарантировать применение к ним указанного действия. Постановление по спору между должником и кредитором может применяться в пользу, но не в ущерб, поручителя или третьей стороны (Швеция).

Данные нормативные положения свидетельствуют о необходимости обеспечить эффективную защиту права третьей стороны на справедливое судебное разбирательство. Все чаще такого рода гарантии рассматриваются как более весомые по сравнению с другими аспектами и стандартами, такими как единство судебной системы.

4.4 Пределы защиты добросовестных приобретателей

Незаконные действия в рамках корпоративных конфликтов и поглощения нередко представляют собой передачу имущества, права собственности или иных прав обманным путем. Осуществление корпоративного захвата, как правило, проводится в три этапа: подготовка или получение путем дачи взятки правовых документов, подтверждающих поддельное право собственности на то или иное имущество (обычно принадлежащие компании акции или недвижимость), осуществление принудительного поглощения компании, легализация захваченного имущества через цепочку фиктивных компаний в пользу предположительно добросовестного приобретателя. Фиктивные компании, как правило, закрываются сразу после того выполнили свою задачу, и пострадавшему в итоге не к кому предъявлять иски²³³. Причиненный ущерб может оказаться невозместимым даже после установления в законном порядке факта мошенничества, а восстановить ранее существовавшее положение дел может оказаться невозможным в случае, если имущество или право

²³³ Томас Файерстоун, Вооруженная несправедливость, *Denv J. Int'l L & Pub Pol'y* Том 38:4.

собственности было приобретено третьим лицом, являющимся добросовестным приобретателем. Официальные источники признали фактическое отсутствие возможности вернуть имущество, легализованное после корпоративного поглощения²³⁴.

Применение указанных рейдерских схем стало возможным за счет наличия взаимосвязи между регулированием и судебной практикой, которые накладывают ограничения на истребование имущества у добросовестных приобретателей и незаконного использования фиктивных компаний (оффшорных компаний, называемых однодневками).

Врезка 7. Рейдерская схема с незаконным использованием механизмов защиты добросовестных приобретателей²³⁵

«Для захвата объектов с крупными консолидированными пакетами применяется простое решение — не скупают акции, а воруют актив. Для этого в налоговом органе меняют информацию о директоре, путем предоставления фальшивого протокола об избрании нового генерального директора.

Последний подписывает с промежуточной фирмой договор купли-продажи, фирма продает имущество компании дальше. Таким образом, конечный собственник становится обладателем статуса «добросовестный приобретатель», что надежно защищает от претензий прежнего хозяина. Затем юридическое лицо, чье имущество таким способом ушло на сторону, присоединяется к компании-однодневке, после чего следует ликвидация фирмы. Затем ликвидируется фирма, через которую ранее было выведено имущество. Оспаривать в суде эту схему очень долго и дорого».

4.4.1 Российская Федерация

Статья 167 Гражданского кодекса России гласит, что при недействительности сделки каждая из сторон обязана возратить другой все полученное по сделке или возместить его стоимость. Тем не менее, Конституционный суд России постановил, что данное положение не распространяется на добросовестного приобретателя за исключением предусмотренных законом случаев.

Глава Следственного комитета поддержал принятие мер с целью облегчить пострадавшим от рейдерства возможность забрать свое имущество даже у добросовестного приобретателя.

В 2012 года была сформирована межведомственная рабочая группа по борьбе с незаконными финансовыми операциями для борьбы с отмыванием денег и использованием компаний-пустышек. Принятые на данный момент меры включают в себя:

- Повышение прозрачности компаний путем введения законодательством по противодействию отмыванию денег требования о бенефициарном праве собственности.
- Запрет для кредитных учреждений открывать и обслуживать анонимные счета или счета, открытые на вымышленные имена, введение поправок в закон «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», применимый в надлежащих исключительных случаях;
- Внесение в законодательство поправок, которые запрещают преступникам стать мажоритарными акционерами финансовых учреждений, а также введение требования о «пригодности и добросовестности» участников финансового сектора.

На момент подготовки обзора, эффективность указанных мер еще только предстояло оценить.

²³⁴ Там же, Примечания 71 и 72.

²³⁵ *Прямой захват бизнеса*, доступно на: www.regy.ru

Врезка 8. Применение рейдерских схем для захвата недвижимого имущества

В декабре 2013 года Следственным управлением УВД была раскрыта рейдерская схема захвата объектов недвижимости в центре Москвы. Рейдеры при участии сотрудников органов государственной регистрации подделали правовые документы с целью оформления права собственности на недвижимость общей стоимостью свыше одного миллиарда рублей. Недвижимость несколько раз переоформлялась через фиктивные компании с тем, чтобы подпасть под действие исключения для добросовестных приобретателей. Силовой захват объектов недвижимости проводился с помощью наемных вооруженных людей. Любые попытки законных собственников восстановить свои права на похищенное имущество через суд были обречены на провал²³⁶.

4.4.2 Международные критерии

За последние годы борьба против захвата и легализации активов была усилена совместными усилиями международного сообщества. Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (FATF), являющаяся межправительственной организацией, которая была основана в 1989 году, выработала стандарты и занимается эффективным внедрением правовых, регулирующих и оперативных мер противодействия отмыванию денег, финансированию терроризма и других соответствующих угроз единству международной финансовой системы.

В 2006 году FATF опубликовала доклад²³⁷ о неправомерном использовании юридических лиц, в том числе доверительных фондов и организаций, оказывающих корпоративные услуги, в незаконных целях. В докладе обозначены уязвимые для отмывания денег места, а также приводятся доказательства преобладающего неправомерного использования юридических лиц. Наиболее существенным является сокрытие истинного собственника. В докладе указан ряд наиболее распространенных факторов риска, связанные с неправомерным использованием юридических лиц, которые могут быть полезны государствам для выявления такого рода правонарушений.

В своем докладе «За корпоративным занавесом» (*Behind the corporate veil*²³⁸), ОЭСР отметил, что почти все экономические преступления включают в себя неправомерное использование юридических лиц в незаконных целях, таких как отмывание денег, взяточничество и коррупция, сокрытие имущества от кредиторов, незаконные налоговые махинации, рыночные мошенничества и т.д. В докладе рассматривается возможность разработки механизмов, которые бы снизили уязвимость юридических лиц с точки зрения их использования в незаконных целях (например, путем получения и обмена информации о бенефициарном праве собственности и управления).

4.4.3 Государства-члены Совета Европы

В государствах романо-германской правовой семьи базовый принцип римского права «никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам» (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) ограничивается несколькими правилами, которые позволяют *bona fide* (добросовестным) покупателям получать право собственности у очевидного владельца. Такие правила являются компромиссом между защитой права собственности и безопасностью операций.

И напротив, доктрина лишения права возражения в общем праве требует дополнительных обоснований, или *indicia*, права собственности для подтверждения этого утверждения.

²³⁶ Применение рейдерских схем для захвата недвижимого имущества *Рейдеры атакуют элитную недвижимость Москвы*, доступно на: <http://igolkin.blogspot.ru>

²³⁷ Доклад о неправомерном использовании юридических лиц, в том числе доверительных фондов и организаций, оказывающих корпоративные услуги, в незаконных целях FATF, [*The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Company Service Providers*], доступно на: www.fatf-gafi.org

²³⁸ Доклад За корпоративным занавесом OECD (2001), [*Behind the Corporate Veil*], доступно на: www.oecd.org

Италия

Согласно статье 1445 Гражданского кодекса Италии, недействительный договор имеет силу в отношении третьих лиц, если недействительность обусловливается недееспособностью, независимо от того, действовали ли третьи лица недобросовестно. Недействительность договора, которая не обусловливается недееспособностью, не должна влиять на права, полученные после совершения оплаты третьими лицами, действующими добросовестно. В итальянской судебной практике добросовестность толкуется как субъективная уверенность третьих лиц в том, что они не нарушают чьих-либо прав.

Добросовестностью, с точки зрения психологии, считается уверенность в праве собственности на переданные права, или простительное незнание противоположной информации. Добросовестное приобретение исключается, если цессионарий знает, или, в отсутствие грубой небрежности, должен был бы знать, что cedent был не вправе передавать такие права. Бремя доказательства возлагается на законного собственника. В соответствии с устоявшейся судебной практикой (касательно *bona fide* приобретения движимого имущества), незнание приравнивается к грубой небрежности, если покупатель проигнорировал обстоятельства, на которые любой другой обратил бы внимание.

Гражданский кодекс Италии гласит, что достаточно, чтобы покупатель действовал добросовестно в момент передачи прав, но эти правила о добросовестности требуют объективного основания, на которое полагался бы покупатель.

Как правило, это обнаруживается путем регистрации в государственных реестрах, и во владении движимым имуществом или ценными бумагами, что указывает на то, что предположение цессионария о правомочности cedenta верно. Защита добросовестности, тем не менее, существенно ограничена существованием детализированного режима, регламентирующего передачу недвижимости и ценных бумаг.

Другие нормы касаются конкретных гипотез, таких как гражданские средства защиты от мошенничества кредитора. В таких случаях кредиторы (согласно статье 1167 Гражданского кодекса) вправе добиться аннулирования таких сделок, заключенных обманом путем.

Право на аннулирование сделки будет применимо только к некоторым актам, таким как пожертвование. В таких случаях суды даже не потребуют доказательства недобросовестности должника, так как безоплатной передачи имущества достаточно для предоставления кредитору права на отзыв пожертвования.

Суды позволили кредиторам непосредственно выкупать (или «возмещать») у третьих лиц переданные обманом путем активы, так как требование к третьим лицам вернуть имущество должнику противоречило бы цели иска об аннулировании сделки.

Для использования права непосредственного выкупа необязательно, чтобы должник был неплатежеспособным; достаточно, чтобы сделка составляла угрозу или неопределенность для реализации права кредитора.

Риск может состоять не только в количественных изменениях активов должника, но и в качественных изменениях, когда такое изменение усложняет выплату долгов самим кредиторам.

Вторым условием для непосредственного выкупа имущества является осведомленность третьих лиц об ущербе или о том, что они были причастны к *мошенническим действиям (participatio fraudis)*.

В этот момент важно различать применение указанного условия в зависимости от того, имело ли это место -

- до предоставления кредита: в таком случае кредитор несет бремя доказательства того, что должник в день заключения сделки желал принять на себя долг (или, по крайней мере, знал о том, что в будущем может возникнуть такое обязательство) и заключил сделку с целью

препятствовать будущим обязательствам в отношении лица, предъявляющего претензии, чтобы помешать или усложнить кредитору использование исполнительного листа; или

- после предоставления кредита: в таком случае, осведомленность о причинении ущерба третьим лицом - подрядчиком - это общее знание о вреде, который такое действие может причинить кредиторам. Сговор между третьими лицами и должником не обязателен.

Является проступком приобретение по неосмотрительности третьим лицом «подозрительных» товаров или кредита. Это нарушение отличается от получения краденного имущества или отмывания денег, и касается тех, кто не приложил достаточных усилий, когда должен был заподозрить незаконную природу сделки.

Согласно статье 712 Уголовного кодекса («приобретение по неосмотрительности»), лицо, не убедившееся в законности их природы, совершающее покупку или получающее предметы, которые по своему качеству, условиям их продажи (передачи), цены, или при наличии причин подозревать их незаконное происхождение, виновно в приобретении по неосмотрительности.

Этот субъективный элемент - не проявление должной внимательности - отличает приобретение по неосмотрительности от преступного получения краденного имущества (что требует умысла). Наказание за такой проступок - лишение свободы до 6 месяцев или штраф в размере не менее 10 Евро.

Франция: «Паулианов иск» (*Action Paulienne*) и процедура банкротства

Защита третьих лиц ограничивается «паулиановым иском», который позволяет предъявлять требования к третьим лицам, которым должник передал активы, чтобы сокрыть их от кредитора или иным образом препятствовать ему. С помощью «паулианового иска» обманутый кредитор пытается вернуться к состоянию до сделки, заключенной мошенниками, и просит суд отменить ее.

Согласно статье 1167 Гражданского кодекса, кредиторы могут самостоятельно оспаривать мошеннические операции, совершенные их должниками.

Чтобы успешно оспорить эти операции истец должен доказать как сам факт совершения мошенничества, так и то, что должник знал об ущербе, причиненном им кредитору. Требование доказать злой умысел со стороны должника отсутствует, но кредитор должен доказать неплатежеспособность.²³⁹

Также требуется доказательство того, что третье лицо участвовало в мошеннических действиях, хотя в случае передачи имущества без оплаты, добросовестность получателя не имеет значения.

В решении от 5 июля 2005 года Кассационный суд²⁴⁰ постановил, что должник мог оспорить возврат кредитору переданного имущества, доказав, что у него имеются активы в надлежащем количестве для того, что покрыть его обязательство перед кредитором.

В Коммерческий кодекс Франции норму о «паулиановом иске» включили, чтобы оспаривать недобросовестные сделки в ходе процедуры банкротства.

Некоторые проведенные транзакции или платежи, совершенные в промежутке между реальной датой банкротства (зафиксированной судом) и днем вынесения решения о начале процедуры банкротства («период стабилизации») могут быть признаны потерявшими законную силу. Для неоплаченных сделок период в 18 месяцев продлен на дополнительные шесть месяцев.

²³⁹ Кассационный суд, Бюллетень 173.

²⁴⁰ ВІСС № 628 от 1 ноября 2005 г., № 2009

Некоторые проведенные транзакции или платежи, совершенные в «период стабилизации», автоматически являются оспоримыми по своей природе, в частности:

- Сделки, совершенные без оплаты; «неравноценные» сделки (то есть те, в которых обязательства должника значительно превышают обязательства другой стороны); предоплата; платеж, совершенный иным способом, чем принято в коммерческих операциях; депозит или депонирование у третьего лица средств без окончательного решения суда;
- обеспечение в отношении ранее существовавшего долга; арест или иное средство обеспечения выполнения обязательства в пользу кредитора; и легализация, использование или перепродажа фондовых опционов.

Суд может аннулировать любой платеж или соглашение, заключенное в ходе периода стабилизации, если контрагенты должника знали о его неплатежеспособности.

Суд может расширить процедуру банкротства с одного предприятия до другого (как юридического, так и физического лица, принадлежащего, например, той же группе, что и неплатежеспособное предприятие), если: активы и обязательства этих предприятий соединены («*confusion des patrimoines*»); или если правосубъектность компании фиктивна («*société fictive*»). В результате расширения обе компании подвергнутся одной процедуре банкротства.

Испания

Защита кредиторов в процедуре банкротства

Изменения в Законе о банкротстве (SLI) 22/2003 позволили подавать иски о возврате имущества, переданного в сделках в отношении покупателей в ходе периода, предшествующего ликвидации.

Согласно Закону о банкротстве, не существует таких ранее совершенных сделок, которые автоматически становятся недействительными в результате начала процедуры банкротства. Судебные управляющие могут оспорить такие сделки, считающиеся такими, что причиняли вред интересам должника, при условии, что они заключены на протяжении двух лет от объявления о банкротстве (сделки, совершенные меньше, чем за два года до объявления о банкротстве, не являются предметом оспаривания). Сделки, описанные, как транзакции «обычного ведения бизнеса», не подлежат оспариванию.

Юридические презумпции ущерба

Ущерб интересам должника предполагается в случае подарков или авансовых платежей по обязательствам, действительным после объявления о банкротстве (если они не обеспечены). Ущерб интересам должника также предполагается, в качестве оспариваемой презумпции, в случае прав *in rem*, которые были созданы для защиты уже существовавших обязательств.

Германия: Правила передачи акций в ГмбХ добросовестному покупателю

ГмбХ (общество с ограниченной ответственностью) - самая распространенная форма предприятия в Германии, широко используемая как малым, так и крупным бизнесом. Традиционно, ГмбХ была создана для объединения небольшого количества акционеров, которое бы оставалось неизменным на протяжении долгого срока. В результате, акции в ГмбХ могут передаваться только в соответствии со строгими правилами и не подлежат продаже на открытых торгах. В соответствии с Разделом 15(3) Закона о компаниях с ограниченной ответственностью, передача акций в ГмбХ должна проводиться путем заключения договора, который был нотариально заверен для того, чтобы передача акций вступила в законную силу.

Закон 2008 года, внесший изменения в статью 16 закона о компаниях с ограниченной ответственностью, предусматривает передачу акций добросовестному покупателю, нацеленную на закрытие пробелов в безопасности транзакций ГмбХ - частной компании с ограниченной ответственностью. Тогда как первоначальный закон не предусматривал добросовестного

приобретения, изменение создало баланс для защиты честного акционера, при этом также принимая во внимание уверенность покупателя в цеденте, считавшем, что он им является.

Согласно новой формулировке, цессионарий может получить акции ГмбХ или право в доле явного акционера путем заключения юридической сделки, при условии, что цедент внесен в список акционеров, который хранится в коммерческом реестре. Добросовестное приобретение невозможно, если цессионарий знает или, ввиду грубой небрежности по своей вине, не знает об отсутствии у цедента полномочий, или если в списке акционеров значатся возражения. Включение возражений подлежит временному ограничительному указу или согласию лица, против которого внесено возражение. Возражающая сторона не должна обосновывать возможность нарушения своих прав в будущем.

В результате, только акционеры, зарегистрированные в соответствующем списке, считаются акционерами такого ГмбХ. Копия списка акционеров должна храниться в компетентном коммерческом реестре и открывается для общественности.

Реформа Закона о ГмбХ 2008 года сделала возможным добросовестное приобретение акций ГмбХ, при чем список акционеров служит отправной точкой для этого. В принципе, покупатель может быть уверен, что лицо, внесенное в этот список, является акционером в компании. Тем не менее, это применимо только, если соответствующая запись не была исправлена на протяжении, по меньшей мере, трех лет без возражений, а, соответственно, добросовестные приобретения не сделают процедуру должной проверки излишней.

Соединенное Королевство: Презумпция ответственности третьих лиц, получивших имущество, принадлежащее другим

В Соединенном Королевстве существует несколько юридических механизмов, касающихся ответственности третьих лиц, которые получили имущество, принадлежащее другим, и обращаются с ним, как со своей собственностью. Вместе с тем, предусмотрен ряд условий, по которым возможно лишение их такого имущества.

В системе общего права постороннее лицо, неправоммерно завладевшее имуществом, несет ответственность даже в том случае, если сможет подтвердить, что действовало по указаниям лица, которое являлось собственником такого имущества.

Другое средство правовой защиты возможно в случае нарушения фидуциарных обязанностей. Когда доверительный собственник имеет фидуциарные обязанности по распоряжению имуществом в интересах выгодоприобретателей и, в нарушение таких обязанностей, он передает имущество получателю, знающему о таком нарушении, истец может подать иск не только против доверительного собственника за нарушение фидуциарных обязанностей, но также и против третьих лиц за осознанное получение доверительной собственности. Истец должен установить, что существует первоначальная фидуциарная ответственность; что имело место распоряжение его активами в нарушение фидуциарных обязанностей; что ответчик (третье лицо - покупатель) получил активы, принадлежность которых к активам истца возможно отследить; и что ответчик знал, что полученные им активы связаны с нарушением фидуциарных обязательств. Более того, получение должно быть прямым следствием нарушения этого конкретного обязательства.

Такие правила применяются к директорам компаний, которые передали имущество компании в нарушение своих фидуциарных обязанностей. Британские суды, руководствуясь этими правилами, признали ответственными лиц, которые получили имущество компании от директора или другого сотрудника высокого ранга, если они знали, что у директора не было полномочий заключать такую сделку.

Оспаривание также предусмотрено в отношении тех лиц, которые не удерживали имущество или его отслеживаемую стоимость, но действовали обманным путем и с целью нарушения обязательств, так как они будут считаться лицами, несущими ответственность, как соучастники в мошенничестве. Это нацелено на борьбу с теми схемами, по которым ряд лиц участвует в серии сделок, а платежи в мошеннических целях перечисляются подставным компаниям, которые они

контролируют, а не непосредственно для получения платежей. Хотя компания - это отдельное юридическое лицо, британские суды в таких случаях позволяют поднять «корпоративную завесу». Таким образом, тогда как обычно получение дочерней компанией не рассматривается, как получение материнской компанией, возможно исключение, когда корпоративная структура используется для сокрытия настоящих фактов, и существуют доказательства обмана или недостаточной честности.

Как правило, суды признают ответственность, если особа знала или должна была знать, что имущество было передано в нарушение фидуциарных обязанностей. Не требуется, чтобы такие лица знали или должны были знать все детали запланированного мошенничества. В решении по делу *«Твинсектра против Ярдли» (Twinsectra v Yardley)* Палата Лордов решила, что истец, чтобы доказать соучастие в нарушении фидуциарных обязанностей, должен подтвердить, что ответчик не был честен по меркам честного и достойного человека, и что его обман был осознанным, учитывая роль и действия ответчика, и степень необходимости подробного изучения в данных обстоятельствах.

Британские суды также допускали возможность того, что осведомленность работников или партнеров компании можно считать осведомленностью самой компании. Следовательно, если подставная компания используется, как способ отмывания украденных средств, осведомленность о краже может приписываться компании, независимо от того, знала ли компания о действиях или намерениях сотрудника, причастного к мошенничеству.

Единственный случай, когда компания может оспаривать подобное исключение в делах о мошенничестве и освободить себя от ответственности - это случай, когда ее собственные сотрудники совершают мошеннические действия по отношению к этой компании.

Закон о банкротстве 1986 года²⁴¹ содержит подробные правила, предусматривающие безопасность дохода, которые позволяют судам расторгать соглашения и принимать решения о возврате активов, полученных третьими лицами по таким сделкам. Суды могут расторгнуть договор, который они считают фиктивной сделкой. В таком случае будет необходимо не только, чтобы договор был заключен с фиктивной целью, но и чтобы договор заключался с намерением обмануть. Суды также могут рассматривать поведение после заключения договора, чтобы установить истинные намерения сторон.

Положения Закона о банкротстве применяются, если компания была неспособна выплатить свои долги во время сделки или стала неплатежеспособной в результате такой сделки.

Сделка считается такой, что заключена по заниженной цене, если выплата значительно меньше переданного имущества. Бремя доказывания неравноценности сделки, как правило, возлагается на истца, если только сделка не заключалась с приближенным лицом. Сделка может считаться неравноценной, даже если была уплачена полная рыночная стоимость, но цессионарий получил побочную выгоду.

Законодательство не требует доказательств мошеннического поведения со стороны директоров, а этот акт ввел объективную ответственность для покупателей, и борется с мошенничеством в широком смысле, создав структуру и порядок действий для компаний, переживающих трудности.

Если существует доказательство неравноценной сделки, покупатель будет в менее выгодном положении, так как защита добросовестного покупателя недоступна непосредственному покупателю, который должен доказывать, что, объективно, у компании были разумные основания для продажи, и что, субъективно, он действовал добросовестно.

В соответствии с Законом, директора, заключающие неравноценные сделки, могут нести персональную ответственность за злоупотребление служебным положением, а их ответственность

²⁴¹ Закон о банкротстве 1986 года [[Insolvency Act](#)] (1986), доступно на: www.legislation.gov.uk

не будет общей с ответственностью третьих лиц, так что и те, и другие могут быть обязаны выплачивать компенсацию компании. Когда сделка заключена по заниженной цене, истец не должен доказывать умысел. Сделки, ставящие одного кредитора в более выгодное положение, чем других кредиторов, могут оспариваться без необходимости демонстрировать, что имело место намерение обмануть кредиторов. Достаточно продемонстрировать, что на компанию влияло желание оказать предпочтение.

4.4.4 Заключение

Отмывание арестованного имущества с помощью способов от подставных компаний до явно добросовестного покупателя - типичное описание схем корпоративного рейдерства в России. Даже если мошенническое действие доказано в суде, может быть сложно или даже невозможно восстановить предыдущую ситуацию, если актив или право было получено третьим лицом в качестве добросовестного покупателя. Такие нарушения возможны из-за злоупотребления фиктивными компаниями и потому, что нормативное регулирование и судебная практика ограничивают возврат активов от добросовестных покупателей.

Сравнительный анализ указывает на то, что некоторые механизмы могут использоваться для сбалансирования прав и интересов потерпевших и обеспечения безопасности сделок.

Мониторинг и идентификация выгодоприобретающих собственников юридических лиц постоянно признается самой эффективной мерой для предотвращения злоупотребления юридическими лицами для отмывания денег. Обеспечение эффективности фиксации подозрительных сделок кредитными органами может приостановить реализацию схем присвоения чужого имущества.

Недействительность договора может стать оспоримой даже в отношении добросовестных третьих лиц, если это зависит от неспособности (Италия). Были приняты законы о криминализации поведения третьих лиц, которые по неосторожности приобретают подозрительные товары или кредит. Такие положения могут быть эффективными в борьбе с мошеннической передачей собственности, когда невозможно доказать получение краденых предметов или отмывание денег (Италия). В таких странах, как Германия, приняли подробные правила, касающиеся передачи акций, которые ввели обязанность нотариально заверять каждую сделку, и предусматривают случаи, когда покупатель акций считается добросовестным. В Соединенном Королевстве получатели неправомерно приобретенного имущества считаются объективно ответственными и не могут освободиться от ответственности, проявив должную осмотрительность.

4.5 Злоупотребления в ходе рассмотрения дел о несостоятельности

Существует ряд способов злоупотребить процедурой банкротства с возможными слабыми местами как в начале процедуры, так и в последующем распределении активов. Злонамеренные действия могут совершаться одной или несколькими из вовлеченных сторон, например, реальными или фиктивными кредиторами, руководителями целевых компаний, судьями, принимающими решения о процедуре банкротства, специалистами по неплатежеспособности.

Распространенные типы злоупотребления со стороны специалистов по неплатежеспособности - неправомерное удовлетворение требований отдельных кредиторов, организация возврата активов компании, преувеличение расходов в процедуре банкротства, непринятие мер в отношении сделок должника непосредственно перед банкротством, даже если они подлежат оспариванию и т.п. Отдельный тип злоупотребления происходит, когда государственные органы, например, налоговая служба, без надлежащих оснований требуют начала процедуры банкротства.

Упрощенная рейдерская схема с использованием процесса банкротства может выглядеть следующим образом:

1. Приобретение долгов у кредиторов, поставщиков и покупателей, банков (по кредитным договорам), держателей счетов и прочих просроченных обязательств, установленных судом;

2. Начало сбора долгов, особенно, в тот момент, когда предъявление требований существенно подрывает деятельность предприятия, и оно не сможет покрыть все финансовые обязательства;
3. Обращение в арбитражный суд для признания должника банкротом;
4. Назначение арбитражного управляющего, контролируемого рейдерами;
5. Создание большого подлежащего выплате требования и его включение в реестр требований кредиторов. Часто несколько компаний, служащих прикрытием, зарегистрированные в офшорной зоне, подают иски или долговые обязательства;
6. Создание доминирующего заимодавца, способного влиять на решения общего собрания кредиторов.

В результате таких процедур, рейдеры получают полный контроль над деятельностью предприятия. Они могут принимать организационные решения и определять судьбу активов компании. Рейдеры способны ограничить полномочия органов управления и сосредоточить их в своих руках (через контролируемого арбитражного управляющего и доминирующего заимодавца). Тогда рейдеры либо добиваются захвата, либо заставляют собственника заключить сделку на невыгодных условиях, отзывают активы по процедуре банкротства или просто устраняют компанию как соперника.

Необходимо отметить, что часто большинство стадий процесса полностью законны, тогда как вся незаконная схема может быть задействована одним лишь злонамеренным действием, например, подкупом правления целевой компании или назначением специалиста по неплатежеспособности с конфликтом интересов.

4.5.1 Российская Федерация

Когда рейдерский захват происходит с использованием начала процедуры банкротства, бизнесом можно завладеть с помощью антикризисных управляющих. Более того, умышленное банкротство, распространенное на территории бывшего Советского Союза, является одним из основных инструментов недружественного поглощения.

Врезка 9. Пример захвата бизнеса с помощью незаконного банкротства в Российской Федерации

Пример незаконного банкротства можно продемонстрировать с помощью уголовного дела, возбужденного в 2008 году милицией Нижегородской области. В 2000 году акционерное общество «РМ», будучи заимодавцем АО «МК», расположенного в Нижегородской области, начало процедуру банкротства. В ходе судебного процесса «РМ» пошло на соглашение, по которому «МК» передало своему кредитору значительную часть своих акций. Затем ООО «А» (основанное сотрудниками «РМ») приобрело акции «РМ». Следующим шагом было переименование компании «А» в ООО «КМ». Были использованы те же слова, что и в наименовании потерпевшей компании «МК», и тот же юридический адрес. Тогда ООО «КМ», будучи держателем основного пакета акций в компании «МК», был назначен совет директоров, который принял решение о продаже активов «МК». Сделка не только была заключена по самой низкой цене, покупатель вместо наличных оплатил покупку простым векселем с отсрочкой платежа на полтора года, а АО «МК» должно было взять активы, которыми оно владело, в аренду по очень высоким ценам. В результате, «МК» обанкротилось в 2005 году, и рейдеры продали его имущество по рыночной цене.

В действующем российском законодательстве отсутствует определение терминов «рейдер» или «рейдерский захват». Законодательство о банкротстве также не содержит перечисления злоупотребления процедурой банкротства для захвата компаний. Тем не менее, Российская Федерация постоянно осуществляет превентивные меры против возможности рейдерства с помощью процедуры банкротства, внося необходимые изменения в законодательство.

Существенным шагом было изменение Федерального закона № 127-ФЗ от 26 октября 2002 года (далее - Закон о банкротстве) в 2002 году. До внесения изменений «захват» компании за короткий

срок был возможен благодаря тому, что частный предприниматель не был стороной по делу о банкротстве. Его полномочия полностью перешли к арбитражному управляющему. Собственник не мог эффективно и своевременно препятствовать захвату компании. Этот пробел в законодательстве был восполнен. В Законе о банкротстве перечислены стороны по делу о банкротстве и арбитражного процесса по делу о банкротстве, включая должника/его представителя и государственные органы, указанные в законе (статья 34 и часть 1 статьи 35).

Попытки так называемого «черного» рейдерства могут включать угрозы и подкуп сторон дела о банкротстве. Возможности доказать и раскрыть такие незаконные действия зависят от уровня заинтересованности тех лиц, против которых направлены незаконные действия.

С целью борьбы с рейдерами Федеральным законом № 190-ФЗ от 12 ноября 2012 года были введены значительные изменения. Они касаются ряда незаконных процедур, осуществляемых рейдерами для захвата предприятий, включая захват с помощью процедуры банкротства. Уголовная ответственность предусмотрена за:

- фальсификацию Единого государственного реестра юридических лиц или реестра владельцев ценных бумаг;
- угрозу насилием жертве рейдерства;
- фальсификацию решения общего собрания акционеров или решения совета директоров компании;
- намеренное искажение результатов голосования общих сборов акционеров.

Так, в настоящее время в Российской Федерации есть необходимые законодательные механизмы для эффективной борьбы с атаками рейдеров путем использования процедур банкротства. Эти законодательные изменения привели к ситуации, когда, в большинстве случаев, рейдеры используют лазейки в корпоративном законодательстве, а не в законодательстве о банкротстве.

Преднамеренное банкротство и злоупотребления арбитражных управляющих

Закон о банкротстве определяет банкротство как признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей. Целью процедуры банкротства для кредиторов является максимально полное и справедливое удовлетворение их требований, а для должника - возможность освободиться от долгов.

Тем не менее, в некоторых случаях недобросовестные предприниматели используют процедуру банкротства незаконно, тем самым причиняя ущерб контрагентам. Чтобы уклониться от обязательств, активы предприятия либо перемещаются, либо существенно сокращаются. В результате, компания не может выплатить свои долги, а законные заимодавцы лишаются возможности получить деньги, которые им должны.

Что касается (уголовной) ответственности, Уголовный кодекс возлагает ответственность на управляющего или учредителя (участника) юридического лица за действия, определенные в статье 196 как «преднамеренное банкротство» и статье 197 «фиктивное банкротство».

Определение понятия «преднамеренное банкротство» с юридической точки зрения содержится в статье 14.12 Кодекса административных правонарушений и статье 196 Уголовного кодекса. Преднамеренное банкротство представляет собой действия (бездействие) управляющего или учредителя (участника) юридического лица или частного предпринимателя, умышленно ведущие к неспособности юридического лица или частного предпринимателя полностью удовлетворить финансовые требования кредиторов и (или) исполнять обязательства по выплате обязательных платежей. Тип ответственности (уголовная или административная) зависит от размера ущерба, причиненного этими действиями.

В дополнение, в соответствии с частью 4 статьи 10 Закона о банкротстве, банкротство должника, причиненное участниками, собственником имущества должника или другими лицами, включая руководителя должника, который вправе давать обязательные инструкции должнику или иным

образом определять его деятельность, может привести к обязательной (факультативной) ответственности этих лиц по обязательствам должника. Например, директор компании, чьи действия привели к банкротству, может нести ответственность всеми своими личными средствами и активами за неоплаченную сумму, подлежащей выплате предприятием-должником.

В соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации № 855 от 27 декабря 2004 года, арбитражный управляющий выявляет признаки преднамеренного банкротства. Это осуществляется путем анализа учредительных документов, финансовых отчетов, договоров об отчуждении имущества должника и анализа прочей существенной информации. Проверка должна быть осуществлена не менее чем за два года до возбуждения дела о банкротстве.

На основе результатов аудита, арбитражный управляющий составляет заключение о наличии/отсутствии признаков преднамеренного банкротства. Это заключение представляется сборам кредиторов, арбитражному суду, и органам, уполномоченным составлять протоколы об административных нарушениях. В делах с большим ущербом, информация отправляется также в органы предварительного следствия (пункт 15 Постановления № 855 от 27 декабря 2004 года).

Арбитражный управляющий - ключевая фигура в деле о банкротстве. Закон предоставляет ему полномочия и ряд обязанностей, включая ведение реестра требований кредиторов и защиту имущества должника. Арбитражный управляющий должен действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и компании (статья 20.3 Закона о банкротстве). Учитывая широкие полномочия арбитражного управляющего, недобросовестные участники дел о банкротстве прилагают значительные усилия, чтобы добиться назначения арбитражного управляющего, подконтрольного им. Цель заключается в осуществлении незаконного завладения имуществом и нарушения прав добросовестных кредиторов.

Законодательство устанавливает ответственность арбитражного управляющего за нарушение или ненадлежащее исполнение его обязательств в ходе процедуры банкротства. Арбитражный управляющий:

1. Может быть отстранен от выполнения своих обязанностей арбитражным судом (статья 20.4 Закона о банкротстве);
2. Привлекается к административной ответственности в соответствии со статьей 14.13 Кодекса административных нарушений;
3. Может подвергаться дисциплинарным мерам, включая исключение из саморегулируемых организаций (далее - СРО) арбитражных управляющих;
4. Может привлекаться к уголовной ответственности на основании положений Уголовного кодекса.

Врезка 10. Пример преступления, совершенного арбитражным управляющим

В одном деле о банкротстве арбитражный управляющий дал указание внести неправильную информацию в бухгалтерскую документацию о существовании большого долга, подлежащего выплате компании, которая предоставляла услуги заводу-должнику. Завод выплатил большую сумму на основании фиктивного договора, а законные кредиторы претерпели большой ущерб. Суд признал бывшего арбитражного управляющего виновным в неправомерных действиях при банкротстве, причинивших ущерб в крупных размерах (часть 1 статьи 195 Уголовного кодекса).

Кредиторы в процессе банкротства могут подать гражданский иск против арбитражного управляющего, который может быть ответственным за ущерб, причиненный невыполнением или ненадлежащим выполнением своих обязанностей в деле о банкротстве. Так как действия управляющего в процессе банкротства не считаются предпринимательской деятельностью, наличие его вины является необходимым условием для привлечения к ответственности за причиненный ущерб. Такие требования кредиторов процесса банкротства рассматриваются отдельно от дела о банкротстве.

Назначение и отстранение арбитражного управляющего

Процедура назначения арбитражного управляющего состоит из нескольких стадий. Процедура банкротства начинается с заявления кредитора, налогового органа или должника в арбитражный суд. В заявлении должна быть указана конкретная кандидатура арбитражного управляющего или СРО, из членов которой должна выбираться кандидатура для утверждения. Затем суд направляет запрос в избранную СРО о кандидатуре арбитражного управляющего или о соответствии конкретного кандидата существующим требованиям.

Процедура назначения арбитражного управляющего несколько отличается при переходе от временного до наружного наблюдения, процедуры банкротства или когда существует отдельное решение сборов кредиторов о замене арбитражного управляющего. Процесс назначения арбитражного управляющего начинается с момента получения судом протокола собрания кредиторов и указанной СРО или конкретного кандидата на должность арбитражного управляющего. Тогда суд направляет запрос в СРО о кандидатуре арбитражного управляющего, указанной в протоколе собрания кредиторов. СРО сообщает суду о соответствии указанного кандидата требованиям закона. Суд изучает информацию и, на основании своего анализа, назначает такого управляющего, который соответствует требованиям.

Закон о банкротстве регулирует отстранение арбитражного управляющего. Любой участник дела о банкротстве может обратиться в суд с требованием отстранить управляющего от выполнения обязанностей. Невыполнение или ненадлежащее выполнение обязанностей управляющего, указанных в Законе о банкротстве, составляет основание для его отстранения.

Более того, арбитражный управляющий отстраняется судом, если к нему применялись меры административной ответственности в виде дисквалификации, или после установления обстоятельств, которые будут препятствовать назначению лица управляющим, также как и в случае, если такие обстоятельства возникли после назначения.

4.5.2 Международные критерии

Существует несколько источников законодательного рекомендательного характера, касающихся процедуры банкротства. В данном кратком обзоре будут представлены те аспекты рекомендаций, которые касаются регулирования профессии арбитражных управляющих, в частности, регулятивной и контролирующей роли государственных органов.

Принципы и рекомендации Всемирного банка по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредитора охватывают широкий круг вопросов, среди прочего, касающихся институциональных и регулятивных рамок для воплощения системы несостоятельности. Например, в отношении роли судов в Принципе 27 рекомендуется:

«Дела о банкротстве должны рассматриваться и разрешаться независимым судом или другим компетентным учреждением и по возможности направляться на рассмотрение судьями, обладающими специальными знаниями по банкротству. Существенную пользу может принести создание специализированных судов по банкротству.

В процессе оздоровления закон должен предусматривать общий надзор со стороны суда или арбитража без вмешательства в детали процесса. Суд, арбитраж или регулирующий орган должны признать принятое кредиторами решение об одобрении плана оздоровления или о ликвидации должника.²⁴²

Два принципа (34 и 35), рекомендуемые в вопросах о арбитражных управляющих, гласят:

²⁴² Всемирный банк (2001) *Принципы и рекомендации по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредитора*, с. 11. The World Bank (2001) [*Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*], доступно на: www.worldbank.org

«Орган или органы, ответственные за надзор за деятельностью управляющих по несостоятельности, должны быть независимыми от отдельных управляющих и устанавливать стандарты, отражающие требования законодательства и общественные ожидания в отношении справедливости, непредвзятости, прозрачности и подотчетности.»

«Управляющие по несостоятельности должны обладать достаточной компетентностью для выполнения возложенных на них обязанностей и проявлять порядочность, непредвзятость и независимость в своих действиях.»²⁴³

Принципы ЕБРР о должностных лицах в делах о банкротстве²⁴⁴ содержат ряд положений, которые касаются роли государственных властей. Так, если говорить о назначении должностного лица по вопросам несостоятельности, в случае назначения судом [или иным соответствующим органом], рекомендуются четкие руководящие принципы для способа отбора судом такого должностного лица. Должна существовать возможность обжалования назначения конкретного должностного лица через суд или иной соответствующий орган. Правительство или другой орган должны иметь надлежащие регуляторные, следственные и дисциплинарные полномочия в отношении должностных лиц. Подробные рекомендации также представлены в Законодательном руководстве ЮНСИТРАЛ о законах о несостоятельности.²⁴⁵

4.5.3 Государства-члены Совета Европы

Арбитражные управляющие выполняют ключевую роль в обеспечении того, что кредиторам гарантирована надлежащая защита их интересов, тогда как должникам - наиболее эффективное восстановление их платежеспособности. У них есть широкие полномочия по управлению имуществом должника. Более того, как показывает опыт, процедура банкротства - распространенный и важный шаг в схемах незаконного поглощения. Арбитражные управляющие являются теми, кто может усложнить реализацию некоторых незаконных действий. Таким образом, их независимость особенно важна. В разных странах существуют разные системы организации и контроля за профессией.

Разные европейские страны регулируют профессию арбитражного управляющего по-разному. В некоторых странах, любой, кто соответствует определенным квалификационным критериям, может управлять процессом банкротства. Помимо этого, в таких странах судья часто обладает широкими дискреционными полномочиями в выборе такого лица на занятие должности арбитражного управляющего, которое судья считает способным и подходящим. В других странах профессия строго регулируется и используются реестры или списки лицензированных лиц.²⁴⁶

С 2003 по 2009 год 11 государств-членов Европейского Союза ввели правила, содержащие требования в отношении арбитражного управляющего. 12 государств-членов Европейского Союза (Болгария, Чешская Республика, Эстония, Франция, Латвия, Литва, Польша, Португалия, Румыния, Словакия, Словения и Соединенное Королевство) требуют сдачи специального экзамена. Указанными причинами для реформ были увеличивающийся объем и сложность заданий, увеличение количества транснациональных процедур банкротства, выполнение Регламента Совета (ЕС) № 1346/2000 о процедурах банкротства и возрастающей важности прав в

²⁴³ Всемирный банк (2001) *Принципы и рекомендации по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредитора*, с. 12. The World Bank (2001) [*Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*], доступно на: www.worldbank.org

²⁴⁴ Европейский банк реконструкции и развития 2007 *Принципы ЕБРР о должностных лицах в делах о банкротстве* European Bank for Reconstruction and Development (2007) [*EBRD Insolvency Office Holder Principles*], доступно на: www.ebrd.com

²⁴⁵ Организация Объединенных Наций (2005) *Законодательное руководство о законах о несостоятельности* United Nations (2005) [*Legislative Guide on Insolvency Law*], доступно на: www.uncitral.org

²⁴⁶ Министерство юстиции Республики Латвия (2013) *Информативный зīpojums «Par maksātnespējas procesa administratoru darbības uzraudzības sistēmas pilnveidošanu»*, с. 21. The Ministry of Justice of the Republic of Latvia (2013) [*Informatīvais ziņojums „Par maksātnespējas procesa administratoru darbības uzraudzības sistēmas pilnveidošanu»*], доступно на: www.mk.gov.lv

процессе банкротства в условиях единого рынка.²⁴⁷ Системы без списка (реестра) специалистов по неплатежеспособности чаще встречаются в странах, где судьи обладают большей свободой усмотрения в решении о назначении управляющего на основании общих правовых положений в специализированных коммерческих судах или судах по вопросам несостоятельности.

В государствах-членах Европейского Союза встречаются три модели контроля. Преимущественно, специалисты по неплатежеспособности контролируются:

- Специализированными судами по вопросам банкротства или судебными служащими, которые обучены контролю за процедурой банкротства (Бельгия, Германия, Нидерланды, Соединенное Королевство);
- Уполномоченным государственным органом (Финляндия, Латвия, Литва, Швеция);
- Собраниями кредиторов или комитетом кредиторов (Эстония).²⁴⁸

Необходимо отметить, что, независимо от модели, суды также обладают контрольными функциями, особенно, в отношении конкретного процесса банкротства (в отличие от более общего профессионального наблюдения за специалистами, которое может осуществляться другими органами. В некоторых странах профессиональные организации (лицензионные органы) играют значительную контролируемую роль, например, в Соединенном Королевстве.

Далее в главе представлен обзор ситуации в четырех государствах-членах Совета Европы - Финляндии, Германии, Латвии и Украине. Каждая страна изучалась отдельно, с использованием следующего формата:

Контроль за специалистами по неплатежеспособности: Здесь будут рассмотрены полномочия органов, играющих основную роль в контроле за работой специалистов.

Отбор специалиста по неплатежеспособности для конкретного дела: Будут рассмотрены основные принципы отбора.

Финляндия

Контроль за специалистами по неплатежеспособности: Омбудсмен по вопросам банкротства, закрепленный за Министерством юстиции, совершает надзор за управлением конкурсной массой вместе с кредиторами, Ассоциацией адвокатов Финляндии и Канцлером юстиции). Омбудсмен, помимо прочего, обязан контролировать, чтобы конкурсной массой управляли в законный и надлежащий способ, и чтобы управляющие имуществом исполняли свои обязанности подобающим образом, а также принимали необходимые меры в отношении упущений, нарушений и прочих подобных обстоятельств, о которых им стало известно (статья 1, параграфы 1 и 2 Закона о контроле за управлением имуществом банкрота).²⁴⁹ Должность омбудсмана по вопросам банкротства была введена в 1995 году на основании, помимо прочего, беспокойства из-за того, что контроль кредиторов и надзор Ассоциации адвокатов Финляндии за поведением ее членов были недостаточными.²⁵⁰

Омбудсмен может обратиться в суд и потребовать, чтобы:

- управляющий, пренебрегший своими обязанностями, исправил нарушение или был оштрафован;

²⁴⁷ Е. Инасио, (2009) *Регулирование профессии специалистов по неплатежеспособности в Европейском Союзе*. Процитировано из: Министерство юстиции Республики Латвия (2013) [Informatīvais ziņojums „Par maksātnespējas procesa administratoru darbības uzraudzības sistēmas pilnveidošanu], доступно на: www.mk.gov.lv/lv

²⁴⁸ Министерство юстиции Республики Латвия (2013) *Информативное сообщение «Об усовершенствовании системы надзора за деятельностью администратора по процессу неплатежеспособности»*, с. 21. The Ministry of Justice of the Republic of Latvia (2013) [Informatīvais ziņojums „Par maksātnespējas procesa administratoru darbības uzraudzības sistēmas pilnveidošanu], доступно на: www.mk.gov.lv

²⁴⁹ *Закон о контроле за управлением имуществом банкрота [Act on the Supervision of the Administration of Bankruptcy Estates]*, доступно на: www.konkurssiasiamies.fi

²⁵⁰ М. Ватанен (2005) *Ответственность и контроль за управляющими имуществом банкрота в Финляндии* Vatanen, M. (2005) [*Liability and Supervision of Administrators of Bankruptcy Estates in Finland*], доступно на: www.insol-europe.org

- управляющий был отстранен, если он существенно пренебрег своими обязанностями или по иным существенным причинам;
- плата управляющему была сокращена, если он не выполнил свои обязанности или если его плата существенно превышает разумные пределы (статья 7, параграфы 1-3).

Отстранения управляющего также может потребовать должник или кредитор (глава 8, статья 6, Закон о банкротстве).²⁵¹

Отбор специалиста по неплатежеспособности для конкретного дела: В целом, Финляндия - страна с либеральным подходом к профессии специалиста по неплатежеспособности. Лицензии не требуются, хотя обычно специалисты являются юристами и также членами Ассоциации адвокатов Финляндии.²⁵² Необходимо, чтобы управляющий, согласившийся с назначением, «имел способности, умения и опыт, необходимый для работы, и подходил для нее по всем другим критериям» (глава 8, статья 5, Закон о банкротстве). Обычные положения о конфликте интересов применяются к отношениям между управляющим и должником или кредитором. На практике, управляющего, обычно, предлагают кредитор или должник. Суд, хотя и не обязан, но, как правило, следует предложению.

Германия

Контроль за специалистами по неплатежеспособности: За работой арбитражного управляющего совершает надзор суд по вопросам несостоятельности (статья 58, параграф 1, Закон о неплатежеспособности).²⁵³ По словам Хайнца Валлендера «как правило, суд по вопросам несостоятельности не будет вмешиваться в действия арбитражного управляющего, особенно, если был создан комитет кредиторов, который сам должен и поддерживать, и контролировать управляющего». ²⁵⁴ Суд может в любой момент потребовать от управляющего предоставить определенную информацию или отчитаться о прогрессе и об управлении. Если управляющий не выполняет свои обязанности, после предупреждения суд может выписать ему/ей штраф (статья 58, параграфы 1 и 2). Суд может отстранить управляющего по уважительной причине (по своей инициативе или по требованию управляющего, комитета кредиторов или сборов кредиторов) (статья 59, параграф 1), например, если он/она нарушит свои обязательства. Такое нарушение должно быть доказано для представления в суде (в исключительных случаях отстранение возможно, если существуют только отдельные аспекты нарушения, когда только отстранение может предотвратить значительную угрозу).²⁵⁵

Отбор специалиста по неплатежеспособности для конкретного дела: Среди всех людей, готовых приступить к работе арбитражного управляющего, суд по вопросам несостоятельности выбирает и назначает на должность арбитражного управляющего независимое физическое лицо, подходящее для конкретного дела, со значительным опытом в бизнесе, не зависимое от кредиторов и должника (статья 56, параграф 1). Тем не менее, существует процедура для того, чтобы кредиторы могли предложить или заменить арбитражного управляющего. Суд может отклонить такой выбор, если особа не подходит для занятия такой должности (статья 56а, 57). В целом, у судей есть значительное поле для усмотрения в их решениях. Раньше беспокоились о том, что, из-за очень редких процедур, не все подходящие профессионалы получали возможность назначения на должность.²⁵⁶

²⁵¹ Закон о банкротстве [*Bankruptcy Act*], доступно на: www.finlex.fi/

²⁵² М. Ватанен (2005) *Ответственность и контроль за управляющими имуществом банкрота в Финляндии* Vatanen, M. (2005), [*Liability and Supervision of Administrators of Bankruptcy Estates in Finland*], доступно на: www.insol-europe.org

²⁵³ Закон о несостоятельности [*Insolvenzordnung*], доступно на: <http://dejure.org>

²⁵⁴ Х. Валлендер, *Отбор арбитражных управляющих и судебный контроль в Германии* Vallender, H., [*Selection of insolvency practitioners and supervision by the court in Germany*], доступно на: www.insol-europe.org

²⁵⁵ Верховный федеральный суд. Решение от 08.12.2005, №: IX ZB 308/04 [*Bundesgerichtshof. Beschl. v. 08.12.2005*], Az.: IX ZB 308/04, доступно на: www.jurion.de

²⁵⁶ Х. Валлендер, *Отбор арбитражных управляющих и судебный контроль в Германии* Vallender, H. *Selection of insolvency practitioners and supervision by the court in Germany*, доступно на: www.insol-europe.org

Латвия

Контроль за специалистами по неплатежеспособности: Лицо, соответствующее ряду критериев, установленных законом, должно сдать экзамен и получить сертификат от Ассоциации управляющих. Раньше в Латвии контроль за законностью процесса банкротства был преимущественно компетенцией суда. В попытке сократить нагрузку на суды, эта функция была возложена преимущественно на Управление по вопросам банкротства (при чем суды сохраняют контрольные функции за некоторыми решениями). Управление по вопросам банкротства выполняет свои контрольные функции путем рассмотрения жалоб на действия управляющего или по своей собственной инициативе.²⁵⁷ Управление по вопросам банкротства может требовать информацию, документы и разъяснения по процедуре и действиях управляющего в конкретном процессе, налагать правовые обязательства на управляющего, предложить суду отстранить управляющего, а также предложить приостановление или аннулирование сертификата управляющего (статья 174, параграф 2, Закон о несостоятельности).²⁵⁸

Отбор специалиста по неплатежеспособности для конкретного дела: В Латвии суды также назначают арбитражных управляющих (статья 19, параграф 1). Тем не менее, назначение происходит на основе предложения Управления по вопросам банкротства, которое определяет кандидата из списка кандидатов (статья 2, Процедура того, как Управление по вопросам банкротства выбирает и предлагает суду кандидата на должность управляющего в процессе банкротства).²⁵⁹ Порядок кандидатов и порядок в списке лиц/предприятий, доступных для управления, произвольный (статьи 4.1 и 9), а поэтому предложение Управления по вопросам банкротства должно быть произвольным. В случае дисквалификации конкретного управляющего, он/она отправляет отказ в Управление по вопросам банкротства (статья 12).

Система отбора была изменена в конце 2013 года, чтобы усилить фактор произвольности. Изменение было частью реакции на возможный сговор между некоторыми арбитражными управляющими и некоторыми судьями, предположительно, вовлеченными в мошенническую деятельность.²⁶⁰

Украина

Контроль за специалистами по неплатежеспособности: Украинское законодательство предусматривает возможность для государственного органа по вопросам банкротства проводить плановые проверки арбитражных управляющих не чаще одного раза в два года. Управляющий обязан представить лицам, уполномоченным проводить проверку, информацию, документы и копии документов. Запрещено проводить повторную проверку по тому же вопросу, что уже проверялся ранее. То же относится и к прошлым периодам, уже охваченным проверкой, если только они не основаны на заявлениях физических или юридических лиц.

Внеплановые проверки проводятся на основе заявлений граждан или юридических лиц, если такие заявления демонстрируют необходимость дополнительного контроля государственным органом по вопросам банкротства. (Статья 106, параграфы 1 и 2 Закона о восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом).²⁶¹ В случае установления нарушений, государственный орган может приостановить деятельность управляющего и передать материалы на рассмотрение в дисциплинарную комиссию для применения дисциплинарного наказания (статья 106, параграф 3).

²⁵⁷ Министерство юстиции Республики Латвия (2013) стр. 21 [*Informatīvais ziņojums Par maksātnespējas procesa administratoru darbības uzraudzības sistēmas pilnveidošanu*], доступно на: www.mk.gov.lv

²⁵⁸ Закон о неплатежеспособности [*Maksātnespējas likums*], доступно на: <http://likumi.lv>

²⁵⁹ Порядок, по которому Администрация по неплатежеспособности выбирает и рекомендует суду кандидата на должность администратора по процессу неплатежеспособности [*Kārtība, kādā Maksātnespējas administrācija izvēlas un iesaka tiesai maksātnespējas procesa administratora amata kandidātu*], доступно на: <http://likumi.lv>

²⁶⁰ И. Спранс, (2013) Передвижной цирк. [*Ceļojošais cirks*], Ир. 4-10 апреля, с. 12-17.

²⁶¹ Закон Украины О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом, доступно на: <http://uazakon.ru>

Помимо указанных проверок, суды и саморегулирующие организации осуществляют контрольные функции.

Отбор специалиста по неплатежеспособности для конкретного дела: Кандидатуру управляющего для реализации функции *ликвидатора (розпорядника майна)* независимо выбирает суд с помощью автоматизированной системы из числа людей, внесенных в единый реестр арбитражных управляющих Украины. После получения заявления о начале дела о банкротстве суд обязывает управляющего, определенного автоматизированной системой, обратиться с заявлением об участии в конкретном деле. Если определенный управляющий не обращается, суд назначает управляющего из списка, не используя автоматизированную систему.

Для исполнения функции управляющего по восстановлению или ликвидатора, суд определяет кандидатуру, основываясь на ходатайстве комитета кредиторов или, если такого комитета нет, на своей собственной инициативе, за исключением случаев, предусмотренных законом. Тем не менее, предложение кредиторов не является обязательным для суда. Отклонение предложенных кандидатов и назначение другого управляющего должно быть обосновано (статья 114, параграф 1).

Суд может отстранить управляющего в случае:

- 1) неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей;
- 2) злоупотребления правами управляющего;
- 3) представления ложной информации суду;
- 4) отказа в представлении разрешения на доступ к государственной тайне или аннулирования ранее предоставленного разрешения;
- 5) прекращения деятельности управляющего (статья 114, параграф 3).

4.5.4 Заключение

Злоупотребление процедурой банкротства было одним из самых распространенных способов незаконного рейдерства в Российской Федерации и других странах. В действующем российском законодательстве отсутствует определение терминов «рейдер» или «рейдерский захват». Законодательство о банкротстве также не содержит перечисления злоупотребления процедурой банкротства для захвата компаний. Тем не менее, спустя годы, после ряда законодательных изменений (например, установления владельца бизнеса стороной дела о банкротстве), Российская Федерация учредила достаточно эффективные законодательные механизмы для борьбы с рейдерскими атаками с использованием процедуры банкротства.

Законодательство определяет ответственность и обязанности арбитражных управляющих. Тем не менее, учитывая широкие полномочия арбитражного управляющего, недобросовестные участники дел о банкротстве прилагают арбитражного управляющего, подконтрольного им. Цель заключается в осуществлении незаконного завладения имуществом и нарушения прав добросовестных кредиторов. Такие проблемы, даже не очень распространенные, свидетельствуют о недостатке честности некоторых арбитражных управляющих и, возможно, о необходимости и дальше усиливать контроль за практикующими профессионалами.

Обзор опыта нескольких европейских государств демонстрирует разнообразие подходов к вступлению в должность арбитражного управляющего (с или без экзаменов и сертификации) и распределению ответственности за контроль над управляющими (с или специализированных контрольных органов). Более того, пределы усмотрения в назначении управляющего для конкретного дела существенно разнятся. Отличия также заметны в пределах, до которых кредитор или должник могут влиять на выбор управляющего.

5 АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

5.1 Регистрация юридических лиц

Законный контроль и активы компании могут оказаться под угрозой, если государственная система регистрации либо препятствует своевременной и точной регистрации, либо не обеспечивает надлежащей защиты от мошеннических действий, например, когда не составляет труда внести запись в реестр с помощью фальшивых документов/подписей, а оперативные методы для исправления отсутствуют. В качестве части их схемы захвата рейдеры могут пытаться зарегистрировать изменения в учредительных документах предприятия, распределении прав собственности, в списке назначенных управляющих компании и уполномоченных лиц, и т.д. В частности, в случае рейдерского захвата, такие попытки могут основываться на поддельных документах, которые предположительно свидетельствуют об определенном корпоративном решении, или на решениях, например, касающихся замены управляющих компании, которые были приняты с нарушением законных процедур и/или устава компании. В таких случаях регистрационные органы обманом заставляют вносить определенные записи в реестр.

Другой тип ситуаций включает преступные действия со стороны служащих регистрационных органов. Основные вариации этого типа - сговор между коррумпированным служащим и частными лицами (например, рейдерами, пытавшимися совершить незаконные действия), и ситуации, когда служащие пытаются получить незаконную выгоду по своей инициативе (например, требуя взяток за исполнение законных требований). Обычно, интерес рейдеров фокусируется на реестрах юридических лиц, но также может быть направлен на реестры недвижимого имущества, ценных бумаг, транспортных средств, кредитов и т.д. В качестве примера в отношении Азербайджана, в 2013 году Государственный департамент США отметил, что «около 20 000 лиц в 400 строений потеряли свое место проживания и не получили справедливой компенсации в Баку за последние два года».²⁶² Отчет также указывал на значительные взятки, требуемые для регистрации зданий.

Неадекватная защита определенной личной информации в реестрах юридических лиц также может представлять возможности для злоупотребления.²⁶³ Тем не менее, сложный доступ к данным представляет собой значительно большую помощь в злоупотреблениях.

5.1.1 Российская Федерация

Общая процедура государственной регистрации юридических лиц и частных предпринимателей изложена в Федеральном Законе № 129-ФЗ от 8 августа 2001 года «О государственной регистрации юридических лиц и частных предпринимателей». Отдельные правила также содержатся в Гражданском кодексе (статьи 23 и 51) и в других нормативных актах. Особенности регистрации различных видов юридических лиц определены в соответствующих федеральных законах.

Общая ответственность служащих регистрационных органов: Статья 24 Закона № 129-ФЗ устанавливает ответственность служащих регистрационных органов за необоснованный отказ в государственной регистрации, несоблюдение сроков для государственной регистрации и прочие нарушения порядка государственной регистрации, как и незаконный отказ или несвоевременное предоставление информации и документов, которые содержатся в государственных реестрах. Регистрационный орган компенсирует ущерб, причиненный отказом в государственной регистрации, аннулированием государственной регистрации или нарушением порядка государственной регистрации, которые произошли по его вине.

²⁶² Государственный департамент США (2013) *Заявление об инвестиционном климате - Азербайджан* US Department of State (2013), [Investment Climate Statement – Azerbaijan], доступно на: www.state.gov

²⁶³ Г. Циммерер (2012) *Рейдерские захваты в Украине*, с. 4 Zimmerer, G. (2012) [Raider Attacks in Ukraine], доступно на: <http://ti-ukraine.org>

Кодекс административных нарушений в части 1 и 2 статьи 14 устанавливает ответственность служащих, осуществляющих государственную регистрацию, за несвоевременное или ненадлежащее внесение юридического лица или частного предпринимателя в единый государственный реестр и за незаконный отказ или несвоевременное предоставление из единого государственного реестра информации и/или других документов лицам, заинтересованным в получении такой информации и/или документов.

Ответственность за фальсификацию: Федеральный Закон № 147-ФЗ от 1 июля 2010 года усилил ответственность за фальсификацию и уничтожение документов (включая электронные), таких как единые государственные реестры, реестры держателей ценных бумаг, системы хранения финансовой отчетности, решения советов директоров (наблюдательных советов) и общих собраний акционеров (участников) компании.

Статья 170.1 была внесена в Уголовный кодекс, чтобы учредить ответственность за «фальсификацию единого государственного реестра юридических лиц, реестра держателей ценных бумаг или системы хранения финансовой отчетности».

Врезка 11. Пример попытки зарегистрировать ложную информацию

Примером судебной практики по вопросам фальсификации является решение суда кассационной инстанции от 19 сентября 2012 года по делу № 22-1843 о подаче в Федеральную налоговую службу документов, содержащих заведомо ложную информацию о главе исполнительного органа юридического лица, о размере и номинальной стоимости доли участников в акционерном капитале компании. Суд оставил решение по делу без изменений.

Статья 185.5 предусматривает ответственность за подделку протокола общего собрания или совета директоров, за внесение заведомо ложной информации в другие документы, которые отображают ход и результаты голосования, если фальсификация документов была совершена «с целью незаконно получить контроль над юридическим лицом».

Статья 285.3 предусматривает ответственность за «намеренное внесение должностным лицом в один из единых государственных реестров в соответствии с законодательством Российской Федерации заведомо ложной информации, а также умышленное уничтожение или подделку документов, на основании которых было внесено запись или изменение в единые государственные реестры, если обязательное хранение документов предусмотрено законодательством Российской Федерации».

Врезка 12. Пример рейдерской атаки с участием регистрационного органа

Значительный общественный резонанс создала рейдерская атака при участии государственных служащих в Москве на акционерное общество «ZZZ». Атака была осуществлена на основе изготовления копии свидетельства о праве собственности на здание. Когда были запрошены детали о новых собственниках, регистрационный орган подтвердил, что имела место перерегистрация прав собственности. Когда был затребован файл, оказалось, что его не существует. Служащий, осуществивший регистрацию, уволился с работы сразу после завершения операции.

Необходимость таких изменений в законодательстве указывает на то, что фальсификация документов компании это один из распространенных методов рейдерских атак. Также фальсификация электронных данных в едином государственном реестре с одновременным уничтожением или подделкой бумажных документов, являющихся основанием для изменений в электронной части реестра, стали частым явлением.

Ответственность частных лиц: Статья 25 Закона № 129-ФЗ и часть 3 статьи 14.25 Кодекса административных нарушений устанавливают ответственность юридических лиц и частных предпринимателей за непредставление или несвоевременное представление информации, подлежащей включению в государственные реестры, а также за представление неправильной информации. В параграфе 3 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от

18 ноября 2004 года № 23 указано, что документы, содержащие ложную информацию, являются документами, содержащими такую ложную или вводящую в заблуждение информацию, которая ведет к необоснованной регистрации хозяйственного субъекта.

Если, после создания юридического лица, имело место повторное или грубое нарушение закона или прочих нормативных актов, включая нарушение, повлекшее необратимые последствия, регистрационный орган может обратиться в суд с требованиями о ликвидации юридического лица (см. Приложение 2 для более подробной информации). По подобным причинам может быть подан запрос о прекращении деятельности физического лица- индивидуального частного предприятия.

Российское законодательство предусматривает административную, налоговую и уголовную ответственность за нарушения, совершенные юридическими лицами или частными предприятиями в связи с их несвоевременной регистрацией. Административная ответственность за нарушения в сфере предпринимательства может применяться к гражданам, должностным лицам, юридическим лицам, частным предпринимателям. Более того, Кодекс административных нарушений приравнивает частных предпринимателей к должностным лицам. Статья 15.3 Кодекса административных нарушений устанавливает ответственность за нарушение сроков для обращения за регистрацией в налоговых органах, а также аналогичную ответственность, если реальная деятельность осуществлялась без регистрации в налоговых органах. Финансовая ответственность предусмотрена в статье 116 Налогового кодекса.

Уголовная ответственность предусмотрена статьей 171 Уголовного кодекса за осуществления предпринимательской деятельности без регистрации или лицензии, если такая деятельность причинила значительный ущерб или связана с получением дохода в особо крупных размерах. Тем не менее, по крайней мере, в прошлом, статья неверно использовалась для предъявления предпринимателям обвинений в тяжких преступлениях за, по-видимому, незначительные нарушения в ведении документации.²⁶⁴

В заключение, необходимо отметить, что, отдельно от непосредственно процедуры регистрации, возникает большое количество спорных ситуаций в связи с реорганизацией юридических лиц. Смотрите их перечень во врезке ниже.

Врезка 13. Спорные ситуации в реорганизации юридических лиц в Российской Федерации
На основе анализа текущей судебной и арбитражной практики в Российской Федерации, можно определить ряд видов основных спорных ситуаций, связанных с реорганизацией юридических лиц:

- Неуведомление кредиторов в установленный законом срок;
- Нарушение прав держателей (участников) меньшей части акций компании на получение информации о реорганизации;
- Нарушение имущественных прав держателей (участников) меньшей части акций компании, которые голосовали против реорганизации или не участвовали в собрании, на котором принималось решение о реорганизации;
- Процедурные неточности в проведении общего собрания акционеров (участников) в ходе реорганизации, отсутствие кворума, подписание протокола собрания неуполномоченным лицом, нарушение способа подготовки общего собрания акционеров (участников), и т.д.;
- Нарушение порядка и времени выпуска акции в ходе реорганизации;
- Нарушение права на реорганизацию, то есть, участники юридического лица проводят реорганизацию с единственной целью ухода от уплаты налогов и выполнения прочих обязательств, когда в суд уже было подано требование о начале процедуры банкротства в отношении юридического лица. Использование процедуры реорганизации в таком случае мотивированно исключительно желанием участников избежать гражданской

²⁶⁴ См.: Т. Файрстоун (2010). *Вооруженная несправедливость: Злоупотребление законодательством и комплексные преступления в постсоветской России* Firestone, Т. (2010), [[Armed Injustice: Abuse of the Law and Complex Crime in Post-Soviet Russia](http://djilp.org)], доступно на: <http://djilp.org>

ответственности (например, когда реорганизация проводится в форме отделения (сегрегации), распределение активов возможно только таким способом, при котором одно предприятие получает большую часть активов, а другое предприятие (или предприятия) получают только долги);

- Нарушение антимонопольного права (когда создана компания-монополист), когда органы Федеральной антимонопольной службы обращаются в арбитражный суд для форсирования реорганизации юридических лиц в виде разделения (сегрегации) с целью сохранения конкуренции на рынке товаров;
- Нарушение законодательства о государственной регистрации регистрационными органами (налоговыми и судебными органами) при регистрационных действиях, связанных с реорганизацией;
- Восстановление прав корпоративного контроля после признания реорганизации незаконной.

5.1.2 Государства-члены Совета Европы

В контексте корпоративных конфликтов и насильственных захватов, важным моментом борьбы и споров является регистрация компаний и данных, касающихся, помимо прочего, их собственников и директоров. Конкретные функции реестров и статус зарегистрированных данных отличаются в разных странах. Тем не менее, обычно, они служат для представления определенной информации о юридических лицах третьим лицам, в большей или меньшей мере удостоверения правоотношений предприятия и в большей или меньшей мере для контроля регистратора за процедурной или материальной точностью записей в реестре. Эта часть документа представит краткий обзор контрольных процедур для обеспечения достоверности зарегистрированных данных, процедур оспаривания данных и доступа к реестру.

Контроль достоверности

Регистрация изменений, например, в совете директоров компании или зарегистрированного капитала может повлиять на интересы различных лиц. Таким образом, важно, чтобы все изменения в записях отображали решения, принятые законно уполномоченными лицами в ходе правильной процедуры. Тем не менее, требование к регистратору проверить законность документов, на которых основывается запрос о внесении записи, может возлагать значительное бремя, а продление процесса создает существенное промедление в ведении хозяйственной деятельности. Существующие подходы в рассматриваемых странах имеют некоторые различия.

В **Германии** ключевым является требование, чтобы заявление о создании записи в коммерческом реестре подавалось в электронной форме с официально утвержденным форматом. Правопреемник участника подтверждает путь правопреемства на максимально возможный срок в прошлом с помощью официальных документов (статья 12, параграф 1, *Handelsgesetzbuch*).²⁶⁵ Обязательство Регистрационного суда проверять содержание информации ограничивается тем, что суд должен проводить расследование только, если должен принимать решение, а не просто вносить информацию в реестр (статья 26, Закон о процедурах в семейных делах и спорах не между сторонами).²⁶⁶ В ином случае, проверка сосредоточена на том, соблюдены ли, на первый взгляд, формальные требования, например, содержит ли список участников компании с ограниченной ответственностью именами, даты рождения места проживания, номинальные суммы и количество переданных акций (статья 40, параграф 1, Закон об обществах с ограниченной ответственностью).²⁶⁷

Надежность процесса в значительной мере зависит от требований нотариального удостоверения, например, при передаче акций компаний с ограниченной ответственностью (статья 15). Отдельные стандарты применяются к основанию акционерных обществ, при котором суд проверяет, создана

²⁶⁵ Коммерческий кодекс. [*Handelsgesetzbuch*], доступно на: <http://dejure.org/>

²⁶⁶ Закон о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции [*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*], доступно на: <http://dejure.org>

²⁶⁷ Закон о ГмбХ (Германия) (*GmbH-Gesetz*) [*GmbH-Gesetz*], доступно на: <http://dejure.org>

ли компания и было ли сделано уведомление в соответствии с процедурой (статья 38, параграф 1, Закон об акционерных обществах)²⁶⁸ (в отношении компаний с ограниченной ответственностью суд просто отказывает в регистрации, если компания не учреждена согласно процедуре). При определенных обстоятельствах, при основании акционерного общества требуется участие нотариуса или назначенного судом учредительного аудитора (Статья 33).

В **Латвии** Коммерческий закон предусматривает значительный перечень документов, на которых должны быть нотариально заверенные подписи. Например, такое удостоверение требуется на протоколах собраний участников или акционеров, если решено назначить или отозвать члена совета, или, в случае акционерного общества, члена наблюдательного совета, либо для изменения устава компании (статья 10, параграф 2, Коммерческий закон).²⁶⁹ Требования были ужесточены в 2013 году с целью ограничения рисков незаконного рейдерства. Тем временем суд в нескольких случаях подтвердил, что Реестр предприятий не удостоверяет обстоятельства, при которых формировались документы, которые подаются для регистрации. Скорее проверяется соответствие документов законным стандартам.²⁷⁰

В **Норвегии** текст закона предусматривает *prima facie* более жесткие стандарты. Регистратор удостоверяет, соответствуют ли поданные для регистрации документы и их основания закону и были ли они составлены в соответствии с требованиями закона. Если устав предприятия уже зарегистрирован, регистратор также проверяет, соответствует ли заявление уставу. Регистратор уполномочен запрашивать любую информацию, необходимую для проверки. Если регистратор обнаружит, что регистрация может нарушить право третьих лиц, он дает им возможность высказаться по этому поводу (статья 5-1, Закон о регистрации предприятий).²⁷¹ Тем временем, требования нотариального удостоверения в Норвегии ограничены.

В **Украине** такие документы, как копия решения учредителей, должны быть удостоверены нотариально в случаях, предусмотренных законом (статья 24, параграф 1, Закон о государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей)²⁷²; то же применимо, например, к решению об изменении учредительных документов (статья 29, параграф 1). Регистратору строго запрещено запрашивать какие-либо документы, помимо тех, что перечислены в законе (статья 24, параграф 8; статья 29, параграф 7). В регистрации предприятия или изменений в учредительных документах предприятия может быть отказано на основе ряда процедурных и материальных причин (статья 27), но удостоверение в значительной степени зависит от информации, содержащейся в Едином государственном реестре (статья 25, параграф 2; статья 31, параграф 5). Тем не менее, в целом, подробное регулирование заверения документов и удостоверения личности лица, подающего определенные документы, например, для изменения учредительных документов предприятия (статья 29, параграф 8), нацелено на обеспечение того, что способы удостоверения регистратора достаточны.

В качестве одной из антирейдерских мер ведение реестра акционеров компаний, в которых государство владеет больше чем 50% акций, было поручено компании, созданной Кабинетом Министров и соответственно лицензированной Государственной комиссией по ценным бумагам и фондовом рынке.²⁷³

В некоторых странах введены даже более конкретные требования против незаконных захватов имущества. Так, в начале 2012 года, Молдова приняла законодательные изменения, указывающие, что передача капитальных акций коммерческого банка от одного лица другому возможна только с

²⁶⁸ Закон об акционерных обществах [*Aktiengesetz*], доступно на: <http://dejure.org>

²⁶⁹ Закон о предпринимательской деятельности [*Komerclikums*], доступно на: <http://likumi.lv>

²⁷⁰ А. Пэгл (2012) Paegle, A. (2012), *The latest administrative court practices relating to the Register of Enterprises competence* [*Jaunākā administratīvās tiesas prakse saistībā ar Uzņēmumu reģistra kompetenci*] Jurista Vārds, доступно на: www.ur.gov.lv

²⁷¹ Закон о регистрации предприятий [*Lov om registrering av foretak*], доступно на: <http://lovdata.no>

²⁷² Закон «О государственной регистрации юридических лиц и физических лиц – предпринимателей» [*Закон Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців*], доступно на: <http://zakon0.rada.gov.ua>

²⁷³ Президент подписал антирейдерский закон. 27 декабря [ЛІГАБізнесІнформ], доступно на: <http://biz.liga.net/ekonomika>

предварительного разрешения Национального банка и на основании окончательного решения суда.²⁷⁴

Процедуры оспаривания записей в реестре

В контексте корпоративных конфликтов и насильственных захватов, важным вопросом является возможность третьих лиц, чьи интересы могут быть нарушены, оспаривать записи, внесенные в реестры. Тем временем, важно помнить, что во многих системах для различных типов правоотношений регистрация является исключительно способом уведомления третьих лиц о правоотношениях. Таким образом, регистрация как таковая не делает незаконный акт законным.

В **Германии** записи в Коммерческом реестре как таковые оспорить нельзя (статья 383, параграф 3, Закон о процедуре в семейных делах и спорах не между сторонами).²⁷⁵ Тем не менее, суд уполномочен удалять запись из-за отсутствия необходимой предпосылки по своей инициативе или по заявлению от профессионального органа (статья 395, параграф 1).

В **Латвии** решения и действия служащих органа коммерческой регистрации могут быть обжалованы перед Главным государственным нотариусом Реестра предприятий (оспаривание решения не приостанавливает его исполнения). Решения и действия Главного государственного нотариуса Реестра предприятий могут быть обжалованы в административном суде (статья 19, Закон о реестре предприятий Республики Латвия).²⁷⁶ Важным, в контексте предотвращения мошеннических действий, является требование о том, что государственный нотариус Реестра предприятий принимает решение об отказе регистрировать документы (прилагается к файлу) или вносить запись в коммерческий реестр, если в Реестр предприятий было подано однозначное доказательство подделки подписи (статья 14).

В **Норвегии** решение регистратора может быть обжаловано в министерстве любым лицом, заинтересованным в обжаловании по делу. Закон предусматривает строгие временные рамки для обжалования (три недели после того, как уведомление было получено лицом или лицо должно было узнать/узнало о решении, в любом случае - не больше трех месяцев с момента вынесения решения (статья 9-1, Закон о регистрации предприятий).²⁷⁷

В **Украине** закон содержит общие нормы, позволяющие обжалование в суде действия или бездействия государственного регистраторов (статья 53, параграф 2, Закон о государственной регистрации юридических лиц и физических лиц -предпринимателей).²⁷⁸ В свете последних изменений, важной является возможность обжалования в суде решения учредителей/участников предприятия. В качестве части антирейдерского пакета законов, в 2013 году были внесены изменения, обязывающие суд направлять решение юридическому лицу и регистратору для указания пометки о получении, если суд полностью или частично отменил изменения в учредительных документах юридического лица. Если какие-либо регистрационные действия совершаются после отмены изменений судом, регистратор уведомляет суд об этом, а суд выносит отдельное решение об отмене указанных регистрационных действий (статья 31, параграф 1). Новые положения нацелены на восстановление правовой ситуации до момента времени до первоначального решения, которое было обжаловано.

Очевидно эффективное положение против незаконной деятельности - это возможность третьих лиц в **Швейцарии** подавать письменные возражения, на основании которых регистрационный орган отказывает во внесении записей в реестр. Пауза должна быть прекращена, если третьи лица не продемонстрируют регистратору на протяжении десяти дней, что он/она обратились за

²⁷⁴ Г. Степанов. (2012) [Парламент Молдовы принял антирейдерский закон](#), доступно на: www.noi.md

²⁷⁵ *Закон о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции [Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit]*, доступно на: <http://dejure.org>

²⁷⁶ *Закон о Регистре предприятий Латвийской Республики. [Likums Par Latvijas Republikas Uzņēmumu reģistru]*, доступно на: <http://likumi.lv>

²⁷⁷ *Закон о регистрации предприятий [Lov om registrering av foretak]*, доступно на: <http://lovdata.no>

²⁷⁸ *Закон о государственной регистрации юридических лиц и физических лиц – предпринимателей [Закон Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців]*, доступно на: <http://zakon.rada.gov.ua>

промежуточном судебном запрете или что суд отказал в таком заявлении (статья 162, Инструкция о коммерческом реестре).²⁷⁹

Доступ к реестру

В **Германии** все имеют доступ к Коммерческому реестру и Реестру предприятий и документам в Коммерческом реестре (статья 9, параграфы 1 и 6 Коммерческого кодекса).²⁸⁰ Более того, возможно попросить распечатать записи (статья 9, параграф 4). По запросу суд выдает справку о том, что в отношении пункта в конкретной записи не существует других записей, или что определенная запись не сделана (статья 9, параграф 5).

В **Латвии** все имеют право ознакомиться с записями в коммерческом реестре и документами, поданными в него. Подобно правилам в Германии, по запросу служащий коммерческого реестра выдает справку о том, что определенная запись в коммерческом реестре не изменялась, или что определенная запись не сделана. После подачи письменного запроса каждый имеет право на получение уведомления о любом заявлении, полученном в связи с регистрационным файлом конкретного предприятия (статья 7, параграфы 1, 3 и 4, Коммерческий закон).

Подобным образом законодательство **Норвегии** позволяет всем ознакомиться с реестром предприятий и получить выдержку из него (статья 8-1, Закон о регистрации предприятий). Дальнейшие правила предусматривают несколько способов получения информации - в письменном виде в форме справки, копии микрофильмов или сканированных документов, прочие виды справок и выдержек, в также информацию, предоставленную в электронной форме, устно по телефону или при личной встрече (статья 12, Инструкция о регистрации предприятий).²⁸¹ На практике, записи можно легко найти с помощью бесплатного онлайн-сервиса²⁸².

Данные из Единого государственного реестра **Украины** открыты и преимущественно доступны, за исключением регистрационных номеров карт налогоплательщиков, даты об открытии и закрытии счетов, наложении и снятии ареста со счетов или имущества (статья 20, параграф 1, Закон о государственной регистрации юридических лиц и физических лиц-предпринимателей). Согласно закону, информация подается в виде дубликатов или справок, тогда как доступ к базе данных и информации в электронной форме имеется лишь у Бюро кредитных записей и у государственных органов (статья 20, параграф 2). Если дубликаты или справки должны запрашиваться периодически и являются платными, практически невозможно постоянно отслеживать все изменения в информации, касающейся его интересов. На практике, доступ к информации о зарегистрированных предприятиях существует здесь²⁸³.

Врезка 14. Пример удачного опыта - служба уведомления электронного коммерческого реестра в Эстонии²⁸⁴

Ситуации, когда недобросовестные действия совершаются с целью регистрации таких данных о предприятии, которые не имеют надлежащих правовых оснований, могут нести серьезные негативные последствия законным собственникам и служащим предприятий. Известны случаи, когда такие действия осуществлялись без ведома законных сторон. Тогда возможности минимизации ущерба (потери активов, действий, совершенных от имени компании) существенно зависели от того, насколько быстро были выявлены недобросовестные действия. Чем раньше это становится известно, тем меньше времени есть у преступника для реализации его/ее намерения. Таким образом, служба уведомления, введенная в Эстонии служит практическим и эффективным механизмом.

«Электронный коммерческий реестр создал бесплатную службу уведомления,

²⁷⁹ Постановление *О государственном реестре субъектов хозяйственной деятельности* [*Handelsregisterverordnung*], доступно на: www.admin.ch

²⁸⁰ *Коммерческий кодекс* [*Handelsgesetzbuch*], доступно на: <http://dejure.org>

²⁸¹ *Положение о регистрации предприятий* [*Forskrift om Registrering av Foretak*], доступно на: <http://lovdata.no/>

²⁸² Зарегистрированные компании [*Kunngjøringer*], доступно на: w2.brreg.no

²⁸³ Доступно на: <http://irc.gov.ua>

²⁸⁴ *Служба уведомления электронного коммерческого реестра в Эстонии* [*e-Business Register*], доступно на: www.rik.ee

предоставляющую Членам Правления, Членам Совета и акционерам эстонских юридических лиц уведомления по электронной почте об изменениях в Коммерческом реестре, которые их касаются. Уведомление отправляется соответствующим лицам в момент подачи заявления о внесении записи. После внесения заявления о внесении записи в реестр, связанные лица могут проверить вступление записи в силу через электронный Коммерческий реестр (Простые запросы - Связанные компании - Войти с помощью удостоверения личности).

Связанные лица, которым отсылается уведомление:

Акционеры, зарегистрированные в электронном Коммерческом реестре;

Члены Совета, зарегистрированные в электронном Коммерческом реестре;

Члены Правления, зарегистрированные в электронном Коммерческом реестре;

Активация службы уведомления

Чтобы получать уведомления, вы должны активировать ваш официальный адрес электронной почты `personal_ID_code@eesti.ee`. После введения адреса электронной почты, уведомления об изменениях в записях о компании будут направляться вам автоматически. Уведомление не будет отправлено, если изменение относится к электронному перечислению сферы деятельности или если компания была зарегистрирована в Коммерческом реестре. Помимо отправки уведомлений на личный адрес электронной почты, уведомления об изменениях записи также отправляются на электронный адрес юридического лица `Business_Registry_code@eesti.ee` и на электронный адрес, внесенный в Коммерческий реестр.

Согласно Коммерческому кодексу Эстонии записи в коммерческом реестре открыты. Все имеют право изучать регистрационные карты и файл предприятия, и получать копии регистрационных карт и документов в файле предприятия. Регистрационные данные и файлы доступны для изучения в регистрационных отделах, офисах нотариусов или на соответствующем сайте. Заверенные распечатанные выдержки из коммерческого реестра можно получить в регистрационных отделах или офисах нотариусов (статья 28, параграфы 1 и 2, Коммерческий кодекс)²⁸⁵.

Похожий сервис был введен в Латвии как часть мер по предотвращению угрозы незаконного рейдерства и других незаконных действий.

5.1.3 Заключение

Значительным риском в сфере публичных реестров является подача и регистрация ложной информации. В Российской Федерации и других странах известны случаи, когда частные лица пытались добиться внесения необоснованных записей в реестры предприятий или другие реестры имущественных прав на основе фальшивых документов. В худших случаях нарушений такие фальсификации совершались при соучастии служащих регистрационного органа, что приводило к необоснованным записям в реестре и свидетельствах о праве собственности.

Российское законодательство содержит нормы об ответственности служащих регистрационных органов - как административной, так и уголовной. Регистрационный орган компенсирует ущерб, причиненный отказом в государственной регистрации и другими нарушениями, которые произошли по его вине. Предусмотрена уголовная ответственность за фальсификацию и уничтожение документов, таких как единые государственные реестры, реестры держателей ценных бумаг, системы хранения финансовой отчетности, решения советов директоров (наблюдательных советов) и общих собраний акционеров (участников) компании.

Но фальсификация электронных данных в едином государственном реестре с одновременным уничтожением или подделкой бумажных документов, являющихся основанием для изменений в электронной части реестра, остается риском. Недостаточные требования о нотариальном

²⁸⁵ Коммерческий реестр [[Commercial Code](#)], доступно на: www.riigiteataja.ee

заверении и положения об ответственности - те факторы, которые способствуют такому злоупотреблению в Российской Федерации. Важно отметить, что различные типы злоупотребления возможны при реорганизации юридических лиц перед этапом регистрации, например, процедурные неточности в проведении общего собрания акционеров (участников) в ходе реорганизации, отсутствие кворума, подписание протокола собрания неуполномоченным лицом, нарушение способа подготовки общего собрания акционеров (участников), и т. д.

Обзор опыта нескольких европейских государств демонстрирует, что острая необходимость нотариального заверения документов является одной из многих важных мер для обеспечения действительности информации, которая внесена в государственные реестры юридических лиц и им подобные. Рассмотренные примеры стран указывают на то, что возросшая прозрачность и более эффективные способы получения информации - важная тенденция, которая должна усложнить осуществление незаконной деятельности.

5.2 Административные проверки

Неправильно организованные и проведенные или намеренно использованные проверки могут быть существенным дополнительным бременем для бизнеса, или даже могут превратиться в барьер против конкуренции некоторых «нежелательных» компаний. Деятельность проверяющих может также быть использована для поддержки незаконных рейдеров: «Очень часто перед рейдерской атакой проводятся многочисленные проверки проверяющими органами, осуществляемые без достаточного обоснования. Рейдеры используют государственные службы, имеющие необходимые полномочия, для получения информации о компании, тогда как частые проверки используются для дестабилизации работы компании»²⁸⁶.

ОБСЕ определила несколько основных типов злоупотребления проверками:

Пиратские проверки: Люди (должностные лица или нет) проводят проверки, которые они не уполномочены проводить:

«В странах Восточной Европы и бывшего Советского Союза можно очень часто увидеть инспекторов, уполномоченных на проведение проверок, но очень часто посещающих предприятия, гораздо чаще, чем они были направлены это делать - что приводит к огромной разнице между "официальным" количеством проверок и тем, что на практике переживают предприятия».

Может случиться, что проверки осуществляются лицами, не уполномоченными на их проведение вообще, или превышающими свой мандат. Пиратские проверки являются проблемой особенно тогда, когда атмосфера страха мешает бизнесменам задавать вопросы о полномочиях проверяющего.

Конкуренция между органами, перекрывающиеся правила и уровни проверки:

Проверяющие органы с полномочиями в очень приближенных или перекрещивающихся сферах могут начать состязаться друг с другом за большее влияние, ведущее к большим ресурсам или просто к большей эффективности. В результате, целевые предприятия могут пережить двойное количество проверок. То же может произойти, когда новые правила принимаются без предварительного изучения уже существующих, или если разные уровни власти (например, национальная и региональная) вовлечены в контрольные процесс.

Плохая координация инспекторов: Если результаты проверочной деятельности объективно не оценены или не прозрачны для руководства, ресурсы проверки могут использоваться неэффективно и - в худших случаях - потенциально служить злоупотреблению (намеренно или нет).

²⁸⁶ Ю. Шмагина, В. Пацюк *«Рейдер нечаянно нагрянет, когда его совсем не ждешь»* Shmagina, Y., Patsyuk, V., [*Raider appears out of nowhere, there's no way to escape*], UL Group Association, доступно на: <http://ulga.com.ua>

Чрезмерные проверки из-за отсутствия нацеленности на конкретные угрозы: Для проверяющих вполне обычно попытаться заняться как можно большим количеством предприятий или выбрать те, которыми проще заняться, вместо того, чтобы посвятить ресурсы сферам, в которых риски самые высокие. В результате, большинство серьезных нарушений может остаться незамеченным, тогда как другие предприятия подвержены большему усмотрению (а значит - и угрозе злоупотребления) проверяющих.²⁸⁷

Стимулирование сотрудников к обнаружению нарушений: В некоторых системах тип злоупотребления запрограммирован в рабочую процедуру, когда сотрудники лично вознаграждаются за обнаружение нарушений. В таких случаях достижение лучшей защиты общественных интересов может заменяться интенсивной репрессивной деятельностью, способной ущемлять бизнес.

В отношении Российской Федерации, бремя, созданное проверками, лицензированием и регистрационными процедурами, является известной проблемой. Предприятия, особенно, маленькие фирмы, рассматривают административных служащих как угрозу безопасности их активов.²⁸⁸

5.2.1 Российская Федерация

Кажется, что проблемы злоупотребления, связанные с административными проверками в Российской Федерации, уменьшились в сравнении с недалеким прошлым. В настоящее время административные проверки проводятся в больших количествах в различных секторах разными органами в Российской Федерации.

Российская Федерация приняла меры по усилению защиты прав юридических лиц и предпринимателей в административных проверках. Федеральный Закон № 294-ФЗ от 26 декабря 2008 года «О защите прав юридических лиц и частных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» устанавливает:

- организацию проверок контрольными органами;
- права и обязанности контрольных органов и их служащих в проведении проверок;
- права и обязанности юридических лиц и частных предпринимателей в ходе осуществления государственного и муниципального контроля, а также меры для защиты их прав и законных интересов.

Закон предусматривает ряд основных принципов защиты прав, такие как запрет осуществления проверок несколькими органами в отношении одного лица при соблюдении тех же требований, а также ответственность контрольных органов и их служащих за нарушения законодательства при осуществлении государственного/муниципального контроля. Закон также ограничивает частоту запланированных проверок (не чаще одного раза в три года, хотя в некоторых сферах чаще). Незапланированные проверки разрешены только в строго определенных случаях.

Тем не менее, нужно отметить, что ряд сфер не подпадает под этот закон. Положения закона также не применяются к уголовному расследованию, предварительному следствию, прокурорскому надзору и т.д. Также некоторые виды административных проверок (например, налоговый и таможенный, банковский контроль, пограничный контроль на пунктах пропуска и некоторые другие) не покрываются.

В 2010 году в Кодекс административных нарушений была добавлена статья 19.6.1, предусматривающая ответственность за несоблюдение государственными служащими

²⁸⁷ Основано на: Ф. Бланк *Реформы в сфере проведения государственных проверок: Почему, как и чем закончится*, с. 21-33 Blanc, F. [Inspection reforms: Why, How and with What Results], доступно на: www.oecd.org

²⁸⁸ Дж. Ганс-Морс (2012). *Угрозы имущественным правам в России: От частного принуждения до агрессии государства*, Постсоветские вопросы, 28 ноября 2012 г., № 3, с. 284 [Threats to Property Rights in Russia: From Private Coercion to State Aggression]

государственного контроля (надзора) требований законодательства о государственном контроле (надзоре).

Тем не менее, несмотря на достаточно четкие положения законодательства Российской Федерации, некоторые проблемы возникают. Например, в деле «Марпосадкабель» самый крупный налогоплательщик районного центра Мариинский Посад, совместная проверка Управления по экономическим преступлениям, Федеральной налоговой службы, Ростехнадзора и Министерства чрезвычайных ситуаций в конце 2012 года причинила работе компании такой ущерб, что ее инвесторы планировали покинуть регион. Практика совместных проверок предприятий несколькими органами, которая изначально была создана для упрощения жизни предпринимателей, может привести к противоположному эффекту. В соответствии со статьей 9 закона № 294-ФЗ, власти, которые опубликуют на своем сайте планы проверок на следующий год, отправляют их прокурору. Прокурор принимает решение о проведении совместной проверки и предлагает всем контрольным органам, заинтересованным в конкретном предприятии, присоединиться. На практике, одновременное осуществление ряда проверок может причинить ущерб всем отделам и службам компании одновременно.

Другой вопрос, который остается проблемным, это склонность проверяющих органов к применению максимальных санкций к предприятию. В любом законодательстве существует градация нарушений: предупреждение, минимальный штраф и максимальный штраф. Тем не менее, многие контролирующие органы выбирают применение максимального наказания за выявленные нарушения из страха быть обвиненными в коррупции, если они применяют более мягкое наказание. Но недавно практика улучшилась, например, налоговые службы склонны быть более деликатными в применении наказаний.

В целом, регулярность проверок в Российской Федерации не увеличилась. Но при этом многие предприятия научились защищать свои права. Например, правовые нормы могут использоваться для переноса крайнего срока для некоторых проверок, чтобы выиграть время.

5.2.2 Международные критерии

Проведение проверок является одной из наиболее распространенных форм взаимодействия между органами государственной власти и бизнесом. Проверки служат жизненно важным интересам общества, однако они также представляют собой определенную нагрузку для предприятий и приводят к злоупотреблениям властью. В частности, многие международные стандарты направлены вовсе не на проведение проверочных мероприятий. Значительную часть «мягких» стандартов составляют рекомендации ОЭСР по вопросам регуляторной деятельности. Следовательно, в **Рекомендациях Совета ОЭСР по вопросам регуляторной политики и государственного управления** рекомендуется соблюдение следующих принципов:

«2. Придерживаться принципов открытого правительства, обеспечивая, в частности, прозрачность процессов государственного управления и участие в них всех заинтересованных сторон с тем, чтобы регулирование могло отвечать интересам общества, а также законным потребностям тех, кто продвигает соответствующие требования, и тех, кого они будут касаться. Необходимо создать эффективные возможности для участия общества (в том числе через интерактивные каналы) в процессе подготовки предложений в сфере регулирования, таким образом, чтобы общество также могло вносить вклад в повышение качества анализа, который будет лежать в основе этих предложений. Правительства обязаны следить за тем, чтобы законы и стандарты имели четкие и доступные формулировки, а все субъекты и объекты государственного регулирования могли без труда понимать, в чём заключаются их права и обязанности.

3. Создать механизмы и институты, обеспечивающие активный контроль за осуществлением процедур и целей политики государственного регулирования, эффективную

поддержку и успешное внедрение этой политики, то есть, в конечном счете, способствующие совершенствованию ее качества.

7. Разработать комплексную политику, регламентирующую функции и обязанности регулирующих органов и позволяющую гражданам и правительству быть уверенными в том, что решения в сфере государственного регулирования принимаются объективно, непредвзято и обоснованно, в отсутствие любого рода конфликтов интересов, ангажированности или злоупотреблений влиянием.

8. Обеспечить эффективное функционирование систем, предназначенных для анализа легитимности и процедурного обеспечения непредвзятости актов и решений, принимаемых органами, которые уполномочены применять регулятивные санкции. Позаботиться о том, чтобы обращение к ресурсам этих аналитических систем было доступным для граждан и предприятий, в том числе в финансовом отношении, и чтобы принятие решений в ответ на их запросы носило своевременный характер.

9. В процессе разработки и внедрения инструментов регулирования применять, если это необходимо, оценки рисков, контроль рисков и стратегии информирования населения о рисках с тем, чтобы соответствующие нормативные акты и требования носили как можно более целевой характер и были эффективными. Регулирующие органы должны оценивать механизмы, с помощью которых законы и стандарты будут приводиться в действие, и создавать гибкие стратегии, обеспечивающие их внедрение и соблюдение.

10. По возможности обеспечить слаженность в работе различных органов регулирования с помощью механизмов координации действий между структурами власти на международном, государственном и региональном уровнях [..].²⁸⁹

Исходя из рекомендаций, можно предположить, что ключевыми понятиями являются прозрачность, ясность, контроль, объективность и непредвзятость, система надзора, метод оценки рисков, а также согласованность. Хотя большинство из этих принципов не затрагивают напрямую возможность злоупотребления органами государственной власти, система, основанная на них, скорее всего, уменьшит количество возможностей для совершения правонарушений.

На более детальном уровне рекомендуется, например, «предусмотреть, чтобы принципы и практические методы проверочных мероприятий и в целом контроля соблюдения законов и стандартов не противоречили законным правам тех, кто контролируется, были задуманы таким образом, чтобы общество могло получать максимальную выгоду от соблюдения законов и принуждения нарушителей к их исполнению, а также не влекли непосильного бремени для лиц, подвергающихся проверкам и контролю». Рекомендуется рассмотреть методы оценки рисков относительно стратегий по обеспечению соблюдения законодательных требований, чтобы повысить вероятность достижения плановых показателей при минимизации затрат на бизнес, связанных с процедурами соблюдения и внедрения инструментов регулирования. Здесь ключевое значение имеет эффективность, которая может быть достигнута посредством реализации наименее обременительных мероприятий по соблюдению установленных требований в таких местах и таким образом, чтобы максимально увеличить возможность достижения целей политики.

Также стоит отметить **рамочную стратегию развития предпринимательства и имплементацию руководящих указаний Конференции ООН по торговле и развитию**, в которых, в частности, рассматривается оптимизация нормативно-правовой базы относительно таких целей политики как, например, минимизация регуляторных барьеров для начинающего бизнеса посредством принятия надлежащих мер и укрепления уверенности начинающих предпринимателей в нормативно-правовой сфере (последние включают такие варианты

²⁸⁹ ОЭСР (2012) *Рекомендации Совета ОЭСР по вопросам регуляторной политики и государственного управления* OECD (2012) [The Recommendation of the Council of the OECD on Regulatory Policy and Governance], доступно на: www.oecd.org

реализации политики как надлежащее государственное управление, упрощенное и более быстрое принудительное исполнение договорных обязательств, альтернативные механизмы урегулирования споров, гарантированная охрана собственности, уменьшение стигмы банкротства и содействие возобновлению предпринимательской деятельности).²⁹⁰

5.2.3 Государства-члены Совета Европы

Консолидированное и децентрализованное проведение проверочных мероприятий

В некоторых странах, где злоупотребления контрольным органом в отношении тех или иных участников рынка носят случайный и отраслевой характер, консолидация различных видов контроля в одном органе, который, впоследствии, обеспечит высокий уровень профессионализма и добросовестности, может стать решением этой проблемы. Такая консолидация контролирующих органов используется для устранения проведения повторных аналогичных проверок, административной нагрузки на предприятия, а также, в первую очередь, государственных расходов на проведение данной деятельности.²⁹¹ Примером такой институциональной консолидации может служить Государственная инспекция **Хорватии**, обладающая полномочиями проводить проверки в сфере торговли и услуг, труда и безопасности на рабочем месте, электроэнергии, добычи полезных ископаемых, напорного оборудования, отчетности, сбора и выплат туристических взносов, ресторанного обслуживания и туристических услуг, а также в других сферах, предусмотренных законом (пункты 1 и 2 статьи 2 Закона о государственной инспекции).²⁹²

Другой подход заключается в консолидации правовой базы относительно проведения проверочных мероприятий даже в том случае, если контролирующие органы не представляют собой единую консолидированную структуру. Такой подход находит свое отражение в Законе об инспекционном надзоре Республики Словения. В соответствии с законом, по умолчанию, службы контроля действуют совместно с инспекциями, которые являются органами государственного контроля в министерствах (статья 8 Закона об инспекционном надзоре).²⁹³ Тем не менее, с целью координирования законом также был учрежден постоянный межведомственный Совет по проведению государственных проверок, возглавляемый министром, ответственным за управление или лицом, уполномоченным им (статья 11). Координация должна проводиться даже на добровольной основе, как в случае Совета по проведению государственных проверок Королевства Нидерландов.²⁹⁴

В то же время, в других странах проверочные мероприятия проводятся по децентрализованной модели организации. Более десяти лет назад, при проведении анализа государственного устройства **Норвегии**, в 2002 году было выявлено существование более 39 надзорных органов.²⁹⁵ Анализ отметил существование целого ряда органов государственной власти, которые «имеют чрезвычайно похожие обязанности. В частности, это касается вопросов безопасности. Частные предприятия сталкиваются с 9 различными проверками (*tilsyn*), связанными с различными аспектами безопасности на рабочем месте. Это создает излишнюю административную нагрузку и в результате приводит к таким сложностям для бизнеса, как необходимость соблюдения противоречащих друг другу правил и требований».²⁹⁶ Децентрализованная модель имеет место в Норвегии. Однако, это позиция властей, согласно которой полномочные органы, наделенные функциями проведения проверок, должны координировать деятельность таким образом, чтобы уменьшить нагрузку в отношении тех субъектов, которые подвергаются контролю со стороны

²⁹⁰ ЮНКТАД. Рамочная стратегия развития предпринимательства и имплементация руководящих указаний UNCTAD, [*Entrepreneurship policy framework and implementation guidance*], доступно на <http://unctad.org>

²⁹¹ Ф. Бланк *Реформы в сфере проведения государственных проверок: Почему, как и с какими результатами?*, с. 64. Blanc, F. [*Inspection reforms: Why, How and with What Results*], доступно на: www.oecd.org

²⁹² Закон о государственной инспекции [*Zakon o državnom inspektoratu*], доступно на: www.zakon.hr

²⁹³ Закон об инспекционном надзоре [*Zakon o inšpekcijskem nadzoru*], доступно на: <http://zakonodaja.gov.si>

²⁹⁴ Совет по проведению государственных проверок [*Inspectieraad*], доступно на: www.inspectieloket.nl

²⁹⁵ ОЭСР (2003) *Реформа системы государственного регулирования в Норвегии*, с. 6. OECD (2003), [*Regulatory reform in Norway*], доступно на: www.oecd.org

²⁹⁶ ОЭСР (2003) *Реформа системы государственного регулирования в Норвегии*, с. 24. OECD (2003), [*Regulatory reform in Norway*], доступно на: www.oecd.org

государства.²⁹⁷ Децентрализованная модель встречается и в **Украине**, правительственный веб-портал содержит перечень, включающий двадцать государственных инспекций.²⁹⁸

Методы оценки рисков при проведении проверок

Неотъемлемым аспектом проведения проверок, которые предназначены для притеснения конкретных предприятий, является дискреционный характер решений, инициирующих проведение проверок и их объем. Поскольку ни один из режимов проведения проверок не может быть направлен на контроль всего предприятия по всем аспектам его деятельности, каждый раз необходимо делать выбор и определять, кто будет проводить проверку и по каким вопросам, а также широту полномочий такого лица. Наиболее широко признанной основой для такого выбора является оценка риска, который может пониматься в качестве следствия (определенного нарушения) в сочетании с вероятностью его наступления.²⁹⁹ Очевидно, не может считаться само собой разумеющимся, что ожидаемые последствия должны быть более тяжелыми во всех тех сферах, где ожидается совершение наибольшего количества нарушений (скорее, это могут быть конкретные сферы, в которых в отношении множества нарушений, возможно, могут быть применены лишь относительно «мягкие» меры воздействия).

Например, политика управления, основанная на методе оценки рисков, является частью законодательства Европейского союза в сфере пищевого и кормового законодательства, правил охраны здоровья и условий содержания животных. Государства-участники обязаны обеспечивать регулярное проведение официального контроля, на основании риска и с соответствующей периодичностью, для того чтобы достичь цели Регламента (пункт 1 статьи 3 Регламента (ЕС) № 882/2004).³⁰⁰

В соответствии с европейским Регламентом для осуществления контроля в таких сферах, как продовольствие, вино, корма и табачная продукция, Федеративная Республика Германия установила правило: для осуществления официального контроля предприятия, подлежащие контролю, должны занимать первое место в перечне предприятий, подверженных определенным категориям / видам риска, кроме того, в отношении таких предприятий должна быть установлена частота проведения проверок (пункт 1 статьи 6 Общего административного распоряжения о принципах осуществления официального надзора за соблюдением законодательных норм относительно продовольствия, вина, корма и табачной продукции).³⁰¹ Ранжирование каждого предприятия должно быть задокументировано и подвергаться корректировке при получении новых сведений (пункт 2 статьи 6). В рамках осуществления официального контроля предприниматель должен быть уведомлен о результатах ранжирования (пункт 6 статьи 7). Административное распоряжение Германии также предусматривает составление многолетнего плана по осуществлению государственного контроля и федерального надзора (статьи 10 и 11).

Проверки, основанные на методе оценки рисков, также широко применяются в **Норвегии**, где планирование проведения проверок включает в себя надзор в сфере ответственности, а также анализ рисков и существенности.³⁰² Среди других средств, власти Норвегии используют

²⁹⁷ Доклад №19 (2008-2009). *Демократия и общество в целом* [*Ei forvalting for demokrati og fellesskap*], доступно на: www.regjeringen.no

²⁹⁸ *Инспекции* [*Инспекции*], доступно на: www.kmu.gov.ua

²⁹⁹ Управление гражданской авиации. Контроль, осуществляемый на основании метода оценки рисков [*Luftfartstilsynet. Risikobasert tilsyn*], доступно на: www.iaa.no

³⁰⁰ Регламент (ЕС) № 882/2004 Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года об официальном контроле, осуществляемом с целью обеспечения проверки соблюдения пищевого и кормового законодательства, правил, касающихся здоровья животных и условий содержания животных [*Regulation (ec) no 882/2004*]

³⁰¹ Общее административное распоряжение о принципах осуществления официального надзора за соблюдением законодательных норм относительно продовольствия, вина, корма и табачной продукции [*Allgemeine Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, weinrechtlicher, futtermittelrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften*], доступно на: www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de

³⁰² Генеральный аудитор (2014) *Исследование государственного надзора*, с.26 [*Riksrevisjonen Riksrevisjonens undersøkelse av statlig tilsynsvirksomhet*], доступно на: www.riksrevisjonen.no

ранжирование предприятий по видам надзора. Например, муниципалитет г.Тронхейма классифицирует предприятия с точки зрения оценки рисков для здоровья и окружающей среды по пяти категориям:

- А – предприятия, для которых частота проведения проверок определяется в законе/инструкции;
- В1 – предприятия, подвергающиеся значительному риску (ежегодные проверки);
- В2 – предприятия, подвергающиеся риску средней степени (проверки проводятся один раз в два года);
- В3/В4 – предприятия, подвергающиеся незначительному риску (проверки проводятся один раз в три или четыре года);
- С – предприятия, подвергающиеся минимальному риску (проверки проводятся на основании жалобы).³⁰³

Меры защиты

Проверки могут повлечь за собой значительное вмешательство в права лиц, чья деятельность находится под пристальным вниманием. Более того, инспекторы могут иметь такие права доступа к документам и помещениям, которые иногда обеспечивают даже большую свободу действий, чем та, которой располагают правоохранительные органы при проведении уголовных расследований. В настоящем подразделе описаны некоторые примеры защиты.

Закон об инспекционном надзоре устанавливает следующие принципы проведения проверок: принцип независимости, защиты общественных и частных интересов, гласности (на основании и в пределах полномочий начальника, инспекторы должны уведомлять общественность о своих выводах и принятых мерах, если это необходимо для защиты прав юридических или физических лиц или для обеспечения соблюдения предписания или его положений) и, что особенно важно, принцип соразмерности.

- Инспекторы должны выполнять свои обязанности таким образом, чтобы при осуществлении своих полномочий вмешательство в деятельность юридического или физического лица имело место лишь в той мере, которая необходима для обеспечения эффективного контроля;
- При выборе мер инспекторы, принимая во внимание тяжесть нарушения, применяют в отношении ответственного лица более благоприятную меру, если это позволит достичь цели инструкции;
- При установлении срока для устранения нарушений, инспектор должен принимать во внимание тяжесть нарушения, его последствия для государственных интересов и обстоятельства, определяющие период времени, в течение которого физическое или юридическое лицо, которое находится под надзором инспектора (далее - «ответственное лицо»), может, действуя с должной тщательностью, устранить нарушения (статьи 4-7).

Законодательство Словении пытается найти баланс между правом инспектора беспрепятственно посещать предприятия и входить в помещения, не принадлежащие ответственному лицу, и правом таких лиц на отказ в доступе. В законе закреплены четыре условия. Такие лица могут отказать в проведении проверки:

- если подлежащие проверке помещения являются жилыми, и у инспектора нет соответствующего судебного решения;
- если проведение проверки может создать серьезные трудности и значительное повреждение имущества или привести к уголовному преследованию;
- если, позволяя проведение проверки, инспекторы нарушат свои обязанности или право на защиту коммерческой или профессиональной тайны, или нарушат путем раскрытия конфиденциальной информации авторское право на объект интеллектуальной собственности; или

³⁰³ Муниципалитет г.Тронхейма (2008) *Руководящие принципы оценки рисков санитарного состояния и загрязнения окружающей среды при проведении проверок*, с. 5-6 [[Retningslinjer for risikobasert tilsyn innen miljørettet helsevern og forurensning](http://filer.fmh.no)], доступно на: <http://filer.fmh.no>

- в любом другом случае, если, позволяя проведение проверки, инспекторы нарушат свои обязанности по защите секретной информации, которая была ими получена, аналогично священнослужителям, адвокатам, докторам или лицам, любой другой профессии или деятельности, включающей те же обязанности (статья 21).

В **Норвегии** легитимность проведения проверочных мероприятий и общая защита законных интересов заинтересованных лиц обеспечивается посредством обычаев и правовых гарантий в отношении всесторонней связи. В соответствии с законом стороны, которые еще не выразили свою позицию в деле путем подачи заявления или любым другим способом, должны быть уведомлены до момента принятия решения по данному делу, и им предоставляется возможность выразить свою позицию в течение определенного периода времени. При определенных обстоятельствах предварительное уведомление может быть не направлено, например, если есть веские основания полагать, что это помешает исполнению решения (статья 16 Закона об административной процедуре³⁰⁴). Непосредственное отношение для развития методов регулирования имеет, в частности, требование, что государственным или частным учреждениям и организациям по роду своей деятельности, торговым или заинтересованным группам, к которым будут применяться или уже применяются нормативные акты, и чьи интересы особенно пострадали вследствие проведения проверки, должна быть предоставлена возможность выразить свою позицию до принятия нормативного акта, внесения в него поправок или его отмены. Тем не менее, если это может помешать, например, применению нормативного акта или ослабить его эффективность, уведомление может быть не направлено (статья 37).

Примером подобной защиты является Закон **Королевства Дании** о правовой защите при реализации административными органами властных полномочий и обязательств по раскрытию информации. Закон регулирует ситуации, когда административные органы вне уголовного производства проводят обыск жилища, других помещений, изучают или задерживают корреспонденцию, другие документы или предметы, нарушают тайну переписки или проводят личный досмотр, и когда законодательство требует раскрытия информации соответствующим органам государственной власти (пункты 1-3 статьи 1).³⁰⁵

Для проведения обыска жилья, осмотра или изъятия писем и других документов, закон определяет общие правила проведения процедуры, такие как требование, что принудительные меры должны использоваться только в случае, когда использование более дипломатичных способов не является достаточным, и вмешательство соразмерно преследуемой цели (статья 2). Общее правило гласит, что заинтересованная сторона должна быть уведомлена не менее чем за 14 дней до осуществления принудительного вмешательства. Сторона имеет право на обжалование, а отклонение возражения должно быть сделано в письменной форме, если такое имеет место. Тем не менее, требование об уведомлении может быть опущено в случаях, предусмотренных в законе, которые впоследствии должны соответствовать конкретным требованиям и процедуре для обоснования такого исключения (статья 5). Принудительное вмешательство должно осуществляться настолько «мягко», насколько позволяют обстоятельства, в том числе, насколько это возможно, не вызывая уничтожение или ущерб. Вмешательство не может осуществляться до момента вынесения решения о принудительном вмешательстве или в способ, который приводит к излишнему вниманию (статья 7).

При подозрении в совершении преступления принудительное вмешательство с целью получения информации о преступлении может иметь место только в соответствии с уголовным производством. Оно применяется только в случаях, когда вмешательство направлено в отношении лица, иного, нежели подозревается в совершении преступления (пункты 1 и 3 статьи 9). Закон также содержит положения, направленные на обеспечение права не давать показания против себя (статья 10).

³⁰⁴ Закон об административной процедуре [*Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)*], доступно на: <http://lovdata.no>

³⁰⁵ Процессуальное право (принудительная практика и т.д.) [*Rettsikkerhedsloven (tvangsindgreb m.v.)*], доступно на: www.foxylex.dk

Подотчетность учреждений, ответственных за проведение государственных проверок, перед общественностью

Как правило, контрольные органы управляются органами исполнительной власти и, следовательно, не располагают прочными независимыми гарантиями. Случай Хорватии интересен тем, что контролирующий орган подчиняется непосредственно правительству, а не министерству. В Хорватии правительство само назначает и освобождает от должности Главного инспектора. Правительство также назначает и освобождает от должности заместителя Главного инспектора и его помощников по предложению Главного инспектора (пункты 1-3 статьи 9 Закона о государственной инспекции).

Врезка 15. Примеры надлежащей практики – информация и руководство³⁰⁶

Для предотвращения возможностей злоупотребления властью очень важно, чтобы предприятия знали в принципе, какие могут ожидать проверки, что будут делать инспекторы и каковы пределы их полномочий. Это не означает, что внезапные проверки не могут иметь место, но принципиальная возможность проведения определенного вида проверки не должна быть тайной.

Примером новаторского инструмента может служить веб-приложение «Компани Доссиэй» (*Company Dossier*), которое было запущено в **Нидерландах** в 2011 году. Вкратце, «Компани Доссиэй» (*Company Dossier*) является веб-приложением, где компания может размещать информацию, в том числе информацию, которая отражает, насколько она соответствует и выполняет существующие инструкции, а затем решать, какие из органов государственной власти могут иметь доступ к этой информации. Конкретные детали договоренности относительно доступа должны быть согласованы между органами государственной власти и соответствующими отраслевыми ассоциациями. В случае необходимости инспекции на местах могут воспользоваться предварительным обзором информации, уже размещенной компанией, в отношении которой проводится проверка. Ассоциации четырех отраслей (ресторанное обслуживание, отдых, производство каучука и пластика, а также предприятия по утилизации транспортных средств) и 51 орган государственной власти присоединились к системе на начало 2014 года.³⁰⁷

Консультативная служба по инвестиционному климату Группы Всемирного банка оказала помощь властям **Азербайджана** в проведении реформ в отношении проверок посредством осуществления инициатив не только по улучшению системы и процедуры проведения проверок, но и проведения форумов для обмена знаниями и опытом между специалистами-практиками. В мае 2011 года Азербайджан запустил Государственный электронный реестр по проведению проверок. Централизованный электронный реестр также устанавливает четкие процедуры проведения проверок, как для инспекторов, так и для субъектов предпринимательской деятельности, а также позволяет отслеживать процесс, узнать результат проверки и проверить правильность собранных сведений. Теперь предприниматели имеют больший доступ к информации о плановых проверках и могут подать запрос о проверке законности и разъяснении причин предстоящей проверки. Ожидается, что электронный реестр повысит эффективность проведения проверок в отношении предпринимательской деятельности и будет способствовать соблюдению постановлений правительства. Информация доступна в электронном реестре³⁰⁸.

5.2.4 Заключение

По крайней мере, в прошлом, злоупотребления органов государственной власти, ответственных за проведение проверок, являлись тяжким бременем для бизнеса в Российской Федерации. Со временем, меры правовой защиты юридических лиц и частных предпринимателей были усилены и, похоже, что практика в этом отношении улучшилась. Российская Федерация имеет правовую основу для защиты прав юридических лиц и частных предпринимателей в процессе проведения

³⁰⁶ Международная финансовая корпорация. *Азербайджан наращивает темп проведения реформ в сфере государственных проверок под руководством Группы Всемирного банка* International Finance Corporation, [*Azerbaijan Ramps Up Inspections Reform with World Bank Group Support*], доступно на: www.ifc.org

³⁰⁷ Досье компаний [*Ondernemingsdossier*], доступно на: www.ondernemingsdossier.nl

³⁰⁸ Электронный Реестр The [*e-Registry*], доступно на: www.yoxlama.gov.az

надзорных мероприятий органами государственной власти, а также процедур рационального планирования контролирующих органов.

Тем не менее, сам характер проверок неизбежно предполагает определенную нагрузку на предприятия и вмешательство в их деятельность. Даже в странах с хорошо развитым государственным управлением и законопослушными гражданами уменьшение излишних затрат на проведение проверок вызывает определенные трудности.

Анализ международной практики показывает, что в сфере административных проверок ключевым риском злоупотреблений является свобода выбора организации / предприятия, в отношении которого будет проводиться проверка. В странах, где присутствует слабая система, основанная на подходе оценки рисков, или в странах, в которых такая система вообще отсутствует, трудно ограничить нагрузку, вызванную проведением проверок в таких сферах и на таких предприятиях, где невыполнение предписаний вряд ли нанесет серьезный вред общественным интересам. Другими общеизвестными проблемами в международной практике являются схожесть компетенций различных контрольных органов (как следствие, проведения схожих или аналогичных проверочных мероприятий), отсутствие оценки эффективности проверочных мероприятий, а также излишний контроль в сферах, в которых легче всего выявить нарушения (вместо того, чтобы ориентироваться на случаи несоблюдения норм, вследствие которых может быть причинен более серьезный ущерб).

Помимо жестких средств правовой защиты в отношении нарушения прав и определения объектов проверок на основе метода оценки рисков, анализ отдельных европейских стран отражает определенную децентрализацию проведения проверочных мероприятий и введение инновационных форм связи с предприятиями, а также в некоторых случаях использование других подходов для определения предприятий, подлежащих проверке.

5.3 Злоупотребления в сфере законодательства о защите конкуренции

Конкурентное законодательство представляет собой краеугольный камень для обеспечения нормального функционирования рыночной экономики. Его правильное применение обеспечивает справедливые правила игры для всех участников рынка, в то время как плохо разработанные правовые положения и/или их неправильная имплементация могут серьезно навредить и даже устранить конкуренцию в определенных отраслях экономики. Выделяют четыре вида злоупотреблений и других спорных практик антимонопольных органов:

- **Отсутствие четких законодательных положений**, например, в отношении квалификации нарушений;
- **Недостаточная обоснованность решений**: Антимонопольные органы могут оценить ситуацию на рынке неадекватно (в Российской Федерации в деле № А21-2808/2009 от 29 декабря 2009 года решение антимонопольного органа было признано недействительным, *inter alia*, потому что власти не установили всех участников рынка, что могло повлиять на условия конкуренции) или собрать недостаточное количество доказательств. Решения антимонопольных органов могут содержать недостаточный объем аналитического материала, что затрудняет использование таких решений в качестве руководства для принятия аналогичных решений в будущем, соответствующих конкурентному законодательству, и вносит неясность при определении наказания;³⁰⁹
- **Политическое вмешательство**: Например, власти могут обладать полномочиями, якобы, обусловленными преимуществом общественных интересов, для отмены решений с тем, чтобы отказать в выдаче разрешения на концентрацию субъектов хозяйствования и

³⁰⁹ Для получения информации об Украине см.: ОЭСР (2008) *Законодательство и политика в области конкуренции в Украине*, с. 53, 54 [*Competition Law and Policy in Ukraine*], доступно на: www.oecd.org

согласованные действия.³¹⁰ В действительности, у суверенного правительства не может быть законных оснований осуществлять такие полномочия, поскольку оно должно руководствоваться принципом беспристрастности при рассмотрении вопросов, связанных с общественным интересом;

- **Злоупотребление при осуществлении контроля и проведении следственных действий:** Как правило, антимонопольные органы обладают специальными полномочиями для получения информации, обыска помещений и изъятия различных материалов. Если законодательные требования относительно вынесения судебных постановлений об осуществлении таких действий, как обыск помещений и возможность обжалования, слишком ограничены (или в достаточной мере не применяются на практике), существует риск злоупотребления властью в отношении конкретных хозяйствующих субъектов. Риск злоупотребления властью также имеет место в случае, если антимонопольные органы в достаточной мере не защищают конфиденциальность информации.

Выделяют две основных сферы, в которых существует высокий риск злоупотреблений властью в отношении конкуренции – государственные закупки и государственные предприятия. Тем не менее, данные сферы крайне сложны, чтобы быть раскрытыми в рамках настоящего исследования. Для более детального анализа рисков в этих сферах рекомендуется обратиться, например, к источникам ОЭСР.³¹¹

5.3.1 Российская Федерация

Федеральная антимонопольная служба (ФАС России) выполняет функции антимонопольного органа. ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов, контролю и надзору за соблюдением законодательства в сфере конкуренции на товарных рынках, защиты конкуренции на рынке финансовых услуг, деятельности субъектов естественных монополий и рекламы (насколько это установлено законодательством относительно полномочий антимонопольных органов). Федеральная система антимонопольных органов России состоит из ФАС России и территориальных органов (управлений).

Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства регулируется статьей 7 Федерального закона № 135-ФЗ от 26 июля 2006 года (далее – Закон о защите конкуренции). За нарушение антимонопольного законодательства должностные лица органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностные лица иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также должностные лица государственных внебюджетных фондов, коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

Выделяют следующие нарушения антимонопольного законодательства:

- злоупотребление доминирующим положением;
- недобросовестная конкуренция;
- ограничение конкуренции, и т.п.

Наиболее распространенными нарушениями антимонопольного законодательства являются следующие:

- нарушение порядка ценообразования;
- непредоставление заявок, информации антимонопольным органам / органу регулирования естественных монополий;

³¹⁰ Для получения информации об Украине см.: ОЭСР (2008) *Законодательство и политика в области конкуренции в Украине*, с. 47 [*Competition Law and Policy in Ukraine*], доступно на: www.oecd.org

³¹¹ См.: ОЭСР. *Добросовестность в сфере государственных закупок* [*Integrity in public procurement*], доступно на: www.oecd.org

ОЭСР (2009) *Государственные предприятия и принцип соблюдения конкурентного нейтралитета* [*State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*], доступно на: www.oecd.org

- неисполнение в установленный срок законодательных требований (инструкций) органов (должностного лица), осуществляющих государственный надзор (контроль);
- непринятие мер по устранению причин и условий, способствующих совершению административного правонарушения;
- нарушение законодательства о рекламе, и т.п.

В спорах, квалифицированных антимонопольным органом как злоупотребление доминирующим положением на рынке, имеет место нарушение порядка ценообразования. За нарушение порядка ценообразование возможно наступление ответственности в соответствии с частью 2 статьи 14.6 и 14.31 Кодекса об административных правонарушениях. Однако, наказания за одно и то же нарушение различны:

- В соответствии с частью 2 статьи 14.6 Кодекса об административных правонарушениях «иное» нарушение установленного порядка ценообразования влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере ста тысяч рублей;
- Статья 14.31 Кодекса об административных правонарушениях за злоупотребление доминирующим положением (в том числе нарушение порядка ценообразования) предусматривает наложение штрафа на юридических лиц, как правило, в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги).

Разница в суммах штрафов за нарушения порядка ценообразования огромная. Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит определяющий элемент относительно ответственности лица, т.е. статья 14.31 Кодекса об административных правонарушениях может быть применена к лицу, которое занимает доминирующее положение. Судебная практика показывает, что если правонарушитель занимает доминирующее положение, следует применять статью 14.31. Если он не занимает доминирующее положение, правонарушение может быть квалифицировано по основаниям, указанным в статье 14.6.

В настоящее время, при рассмотрении таких дел, антимонопольный орган по своему усмотрению определяет юридическую квалификацию нарушения, совершенного субъектами естественных монополий. Эта правовая неопределенность вызывает множество вопросов. Получается, что для антимонопольного органа, а позднее для суда, не имеет никакого значения, что договаривающаяся сторона не понесла убытки, поскольку служба возместила экономически целесообразную стоимость.

Таким образом, причиной нарушения законодательства чаще всего является неполное или неоднозначное толкование правовых норм, в рамках которого не обеспечивается надлежащее регулирование правоотношений. Применение правил антимонопольным органом в нарушение порядка ценообразования носит произвольный и формалистический характер. Закон должен признавать нарушение порядка ценообразования в качестве злоупотребления доминирующим положением только в случае, когда такое действие (или бездействие) причиняет ущерб.

Врезка 16. Примеры судебных разбирательств, стороной в которых выступают органы государственной власти, по вопросам нарушения антимонопольного законодательства

В деле № 50-79/2010 от 13 мая 2010 года, связанного с закупками, антимонопольный орган действовал с превышением полномочий, поскольку прекращение торговли и аннулирование протоколов заседаний комиссии о результатах конкурсных торгов означает признание тендера недействительным. Тем не менее, исключительно данный орган государственной власти имеет право обратиться в Суд с таким иском. Заключение Суда было верным в том, что в законодательстве для антимонопольного органа установлен иной порядок признания торгов недействительными.

В деле № А21-2808/2009 от 29 декабря 2009 года решение антимонопольного органа о злоупотреблении доминирующим положением на рынке относительно предоставления в

пользование места в кабельной канализации должно быть признано недействительным, если антимонопольный орган не установил всех участников рынка спорных товаров, что могло повлиять на условия конкуренции. Более того, не было никаких оснований ограничивать соответствующий рынок услуг по предоставлению места исключительно в кабельной канализации.

В деле № А14-19818/2009 при признании незаконности решения антимонопольного органа, постановившего, что действия заявителей противоречат статье 16 Закона о защите конкуренции в части согласованных действий, Суд не обнаружил никаких признаков юридически значимого соглашения. Антимонопольный орган не представил соответствующие доказательства.

В деле № А14-2020/2010 Европейский Суд признал недействительным решение антимонопольного органа, согласно которому, действия группы лиц, совершенные с целью ограничить доступ на рынок услуг, были признаны в качестве злоупотребления доминирующим положением, поскольку эти организации вели свою хозяйственную деятельность и занимали доминирующее положение на разных товарных рынках.

5.3.2 Международные критерии

Конкуренция представляет собой сферу с большим объемом международных норм. В частности, относительно Европейского союза можно упомянуть статьи 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), направленные, соответственно, в отношении картельных соглашений и злоупотребления доминирующим положением. Тем не менее, международные стандарты в сфере конкуренции как таковые не имеют прямого отношения к данному исследованию, которое направлено на освещение вопросов злоупотребления государственной властью и их предотвращение. Достаточно сказать, что статья 101 ДФЕС содержит исключение, применимое при определенных условиях, к примеру, если запрещенные соглашения способствуют улучшению производства или распределению товаров, содействуют техническому или экономическому прогрессу, предоставляя потребителям справедливое распределение создаваемых благ. Такое положение предполагает «мягкий» подход к соглашениям, которые служат определенному законному общественному интересу.

К теме данного исследования также имеют отношение общие международные стандарты по защите основных прав, в частности, в рамках процедур административного расследования. Тем не менее, как правило, это не характерно для политики в области конкуренции.

Часть специфических рекомендательных стандартов, которые относятся к вопросу добросовестности и прозрачности реализации политики в сфере конкуренции, представляют собой **Рекомендации Совета ОЭСР по вопросам слияния и поглощения**.³¹² В документе участникам ОЭСР рекомендуется обеспечить:

- прозрачность правил, политики, практики и процедур, которые связаны с процессом слияния или поглощения;
- своевременное уведомление участниками при слиянии о проблемах в сфере конкуренции для возможности их скорейшего устранения;
- право участников при слиянии обратиться в отдельный судебный орган для обжалования решений, ущемляющих их права;
- возможность обратиться за консультацией в органы по вопросам в сфере конкуренции на ключевых стадиях процесса проведения проверки;
- право выразить мнение третьих лиц в ходе процесса проведения проверки;
- защиту коммерческой тайны и другой конфиденциальной информации.

³¹² ОЭСР (2005) *Рекомендации Совета по вопросам слияния и поглощения* [*Recommendation of the Council on Merger Review*], доступно на: <http://acts.oecd.org>

5.3.3 Государства-члены Совета Европы

В этой части главы рассматривается ситуация, сложившаяся в пяти других государствах-участниках Совета Европы – в Федеративной Республике Германия, Латвии, Норвегии, Соединенном Королевстве и Украине. Каждая страна изучалась отдельно, с использованием следующего формата:

Антимонопольные службы: Здесь будет приведено наименование компетентных органов, которое установлено в законодательстве соответствующих стран.

Информация для сторон: Какими специальными правами обладают стороны для получения информации в ходе процедуры проведения проверки / расследования (несмотря на общие положения о свободе информации)? При условии наличия информации, каким образом органы государственной власти должны ее предоставлять?

Специальные полномочия антимонопольных служб: В частности, какие права имеют органы государственной власти, чтобы затребовать документы и другую информацию, получить доступ и провести обыск помещений, изъять материалы? Какие имеются возможности обжалования, гарантированные в ходе судебного производства?

Возможность оспорить окончательное решение: Какие имеются возможности оспорить окончательные решения антимонопольных органов?

Германия

Антимонопольные службы: Федеральное управление по борьбе с картелями, Федеральное министерство экономики и технологий (с 2013 г. – экономики и энергетики) и соответствующие высшие органы власти земель (пункт 1 статьи 48 Закона о борьбе с ограничениями конкуренции).³¹³

Информация для сторон: Закон о борьбе с ограничениями конкуренции устанавливает важнейшие процедуры обмена информацией между сторонами по делу. При проведении административных процедур антимонопольными органами участники имеют право высказывать мнения (пункт 1 статьи 56), а органы государственной власти могут предоставить такую возможность также представителям пострадавших лиц определенного делового круга (пункт 2 статьи 56). Кроме того, существует возможность провести открытое общественное обсуждение на основании ходатайства или по инициативе самого органа государственной власти (пункт 3 статьи 56).

Заинтересованные лица безотлагательно должны быть уведомлены об изъятии кого-либо имущества (пункт 1 статьи 58). Обоснованные решения антимонопольных органов должны предоставляться участникам по делу с рекомендациями, например, такими как доступные средства правовой защиты. Они также должны быть уведомлены, если проведение процедуры прекращается без вынесения решения (статья 61). Такое решение должно быть опубликовано в соответствующем официальном вестнике (статья 62).

При проведении административных процедур для выявления нарушений также применяются общие положения Закона об административных правонарушениях, регулирующие *inter alia* такие вопросы как право на ознакомление с материалами дела.

Специальные полномочия антимонопольных служб: В ходе административных процедур антимонопольные органы имеют право проводить любые следственные действия и собирать любые необходимые данные в качестве доказательств (пункт 1 статьи 57). Антимонопольные органы имеют право изымать предметы, которые могут представлять интерес в качестве доказательства при проведении расследования. В течение трех дней с момента изъятия

³¹³ Закон о борьбе с ограничениями конкуренции [*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*], доступно на: <http://dejure.org>

антимонопольные органы должны обратиться в местный суд для получения соответствующего судебного подтверждения такого изъятия в том районе, где оно имело место, если ни заинтересованное лицо, ни его любой совершеннолетний родственник не присутствовали при изъятии, а также если заинтересованное лицо или в его отсутствие совершеннолетний родственник явно возражали против изъятия. Заинтересованное лицо может в любой момент ходатайствовать о судебном пересмотре изъятия (пункты 1-3 статьи 58). Обыск может осуществляться исключительно на основании разрешения судьи, которое может быть обжаловано в соответствии с уголовно-процессуальными нормами (в срочном порядке и в рабочее время обыск может осуществляться также без получения соответствующего разрешения судьи) (пункт 4 статьи 59).

Полномочия при проведении административных процедур для выявления нарушений также определяются в Законе об административных правонарушениях.

Возможность оспорить окончательное решение: В ходе разбирательства о контроле слияния или поглощения компании могут обжаловать решение в Федеральном управлении по борьбе с картелями по фактическим и юридическим основаниям, что возможно при полном фактическом и юридическом пересмотре решения (статья 70). Суд самостоятельно может расследовать все факты в полном объеме.

Если дело касается административного производства о совершении правонарушения, Федеральное управление по борьбе с картелями рассматривает такие жалобы в первую очередь. Если решение остается без изменения, оно вновь может быть обжаловано в суде по фактическим и юридическим основаниям.³¹⁴

Латвия

Антимонопольная служба: Совет по конкуренции - административное учреждение, подконтрольное Министерству экономики. Совет состоит из трех членов совета при поддержке исполнительной дирекции (пункт 1 статьи 4, пункт 1 статьи 5 Закона о конкуренции).³¹⁵

Информация для сторон: Закон о конкуренции содержит несколько конкретных положений относительно предоставления информации сторонами по делу. В частности, участники рынка или другое лицо, в отношении которых проводится обыск, должны быть уведомлены о своих правах перед проведением обыска. Они имеют право присутствовать в ходе обыска, выражать свои замечания и пожелания, самостоятельно ознакомиться с протоколом судебного заседания и прилагаемыми документами (статья 9.3). В противном случае, строгое требование уведомлять подозреваемого о начале пересмотра дела не предусматривается (статья Закона о конкуренции, которая, скорее всего, нарушена должна быть доведена до сведения подозреваемого, если Совет по конкуренции запрашивает информацию от подозреваемого (пункт 4 статьи 26)). Совет по конкуренции должен предоставить информацию в письменном виде, как только он получит необходимые сведения для принятия решения. Затем стороны могут ознакомиться с делом; выразить свое мнение и дополнить сведения (пункты 6 и 7 статьи 26).

Специальные полномочия антимонопольных служб: Исполнительная дирекция Совета по конкуренции уполномочена, среди прочего, запрашивать и получать необходимые сведения от любого лица для выполнения своих целей (в том числе информацию, содержащую коммерческую тайну), а также письменные и устные объяснения, изымать имущество и документы участника рынка или ассоциации участников рынка, которое может иметь важное значение в деле. На основании судебного постановления, без предварительного уведомления и в присутствии полиции, исполнительная дирекция имеет право получать доступ в нежилые помещения,

³¹⁴ ОЭСР (2012) *Организационные и процедурные аспекты взаимоотношений между антимонопольными органами и судами: обновленная информация относительно обеспечения процессуальной добросовестности и прозрачности*, с. 47 [Institutional and procedural aspects of the relationship between competition authorities and courts, and update on developments in procedural fairness and transparency] доступно на: www.oecd.org

³¹⁵ *Конкурентное право [Konkurences likums]*, доступно на: <http://likumi.lv>

транспортные средства, квартиры и т.п., а также проводить обыск в принудительном порядке, запрещать присутствующим лицам покидать место проведения проверки без разрешения, временно опечатывать помещения, транспортные средства, здания, склады и другие объекты, с целью обеспечения сохранения доказательств, и т.д. (пункт 5 статьи 9). Государственная полиция должна оказывать содействие при выполнении следственных мероприятий (пункт 9 статьи 9).

Заинтересованное лицо может подать жалобу в отношении судебного постановления председателю суда, который должен рассмотреть жалобу в течение 10 дней в присутствии представителей истца (пункт 4 статьи 9.1).

Возможность оспорить окончательное решение: Решения Совета по конкуренции за исключением решений об инициировании дела и о продлении срока для принятия решения, могут быть обжалованы участником рынка в окружном административном суде (пункт 2 статьи 8).

Норвегия

Антимонопольные службы: В соответствии с законодательством антимонопольными органами являются король, министерство и Антимонопольное управление (статья 8 Закона о конкуренции).³¹⁶

Информация для сторон: Право на доступ к информации не применяется к некоторым категориям дел и решениям Антимонопольного управления до окончания рассмотрения дела. Представителям предприятий в отношении которых проводится расследование Антимонопольным управлением, по требованию, должен предоставляться доступ к документам дела, пока такой доступ не будет причинять ущерб или представлять угрозу для расследования или третьих лиц (статья 26).

Специальные полномочия антимонопольных служб: Антимонопольные органы уполномочены потребовать любую информацию и носители такой информации, необходимые для рассмотрения дела или выполнения договорных обязательств Норвегии в отношении иностранного государства или международной организации (статья 24). В поисках доказательств, когда имеется достаточно оснований подозревать о совершении нарушений, Антимонопольное управление имеет право затребовать доступ в помещения, а также в жилые помещения, когда есть особые основания полагать, что там находятся доказательства. Управление также может изъять предметы, которые имеют значение в качестве доказательств для дальнейшей оценки, а также опечатать помещения, наложить арест на счета и необходимые документы в ходе расследования. Для доступа к охраняемым доказательствам, Антимонопольное управление должно получить судебное постановление заранее. Заинтересованное лицо не должно быть уведомлено о таком ходатайстве, постановлении и обжаловать его, поскольку это будет иметь приостанавливающее действие. Антимонопольное управление может потребовать присутствие полиции. Если нет времени ждать судебного постановления, Антимонопольное управление может потребовать, чтобы полиция обеспечила сохранность места, где находятся доказательства, до получения постановления (статья 25).

Возможность оспорить окончательное решение: Министерство может отменить решение Антимонопольного управления, даже если не была подана жалоба (статья 8). Были опасения полагать, что такой процедуре пересмотра не хватает автономности. Наложение штрафов не может быть обжаловано иным способом, кроме как в судебном порядке.

Соединенное Королевство

Антимонопольные службы: До 2014 года действовало два соответствующих органа - Управление по добросовестной торговле и Комиссия по конкуренции. Управление по добросовестной торговле является главным органом, ответственным за применение и принудительное исполнение законодательства по вопросам конкуренции. Исследование слияний и рынков проводится также

³¹⁶ Закон о конкуренции между предприятиями и контроле за концентрацией предприятий (Закон о конкуренции) [*Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)*], доступно на: <http://lovdata.no>

Комиссией по конкуренции (чаще всего по уведомлению Управления по добросовестной торговле). Орган по вопросам конкуренции и рынков стал полностью действующим в 2014 года и сочетает в себе множество функций обоих вышеуказанных учреждений. Тем не менее, остальная часть подраздела будет касаться органов, действующих до 2014 года.

Информация для сторон: При открытии официального расследования, Управление по добросовестной торговле Соединенного Королевства на стадии расследования направляет предприятиям уведомительное письмо «с изложением кратких сведений о проведении расследования и ссылаясь на соответствующее законодательство, с расписанием в каждом конкретном случае, а также основными контактными данными таких уполномоченных лиц группы как руководитель, директор проекта и старший ответственный сотрудник».³¹⁷ Управление также обязуется в целом обеспечить обновления сведений о компаниях в ходе расследований и уведомлять об этом официальных истцов по телефону или в письменной форме. Управление поддерживает участников в курсе «состояния дел» в ходе расследования, в частности, с момента официального открытия дела, до принятия решения о целесообразности подачи заявления о возражениях, после предоставления заявления о возражениях и в других случаях.³¹⁸

Врезка 17. Примеры надлежащей практики – руководящие принципы оценки слияния и поглощения в Соединенном Королевстве

Возможности злоупотребления властью и необоснованной свободой действий уменьшаются, когда заинтересованные стороны знают принципы, лежащие в основе политики, и процедуры, которым следуют органы государственной власти в рамках правового поля, которое иногда может быть достаточно широким. Примером этого может служить Руководящие принципы по оценке слияния и поглощения, опубликованные Комиссией по конкуренции и Управлением по добросовестной торговле. Важно отметить, что опубликование таких руководящих принципов предусмотрено законом, требующим от Управления по добровольной торговле и Комиссии по конкуренции подготавливать и опубликовывать общие рекомендации и данные о создании справочной информации для Комиссии Управлением по добросовестной торговле, когда имеет место соответствующая ситуация по слиянию или поглощению, и создание такой ситуации привело или может привести к существенному уменьшению конкуренции, также как и рассмотрение такой справочной информации, и то, как соответствующие преимущества потребителей могут повлиять на принятие принудительных мер относительно такой справочной информации (пункт 1 статьи 22, пункты 1 и 3 статьи 106 Закона о предприятиях 2002 года).³¹⁹ В примечании относительно руководящих принципов указывается следующее:

«В настоящей статье требуется, чтобы Управление по добросовестной торговле и Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства опубликовывали рекомендации и информацию об их основных задачах в процессе контроля за слиянием и поглощением. Управление по добровольной торговле должно давать разъяснения, каким образом оно применяет свои полномочия по созданию справочной информации. Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства также обязана давать разъяснения, каким образом она будет использовать данную справочную информацию. Эта информация и рекомендации должны включать разъяснения о том, каким образом Управление по добросовестной торговле и Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства применяют проверки по существу в рамках нового режима, в том числе, применение существенного ослабления конкуренции, обстоятельства и характер которой соответствует преимуществам потребителей должна приниматься во внимание, когда Управление по добросовестной торговле рассматривает справочную информацию и когда Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства рассматривает возможные средства судебной защиты. Управление по добросовестной торговле и Комиссия по вопросам конкуренции Соединенного Королевства обязаны

³¹⁷ Управление по добросовестной торговле (2012) *Руководство УДТ по процедурам проведения расследований дел о конкуренции*, с.23 [*A guide to the OFT's investigation procedures in competition cases*], доступно на: www.of.gov.uk

³¹⁸ Управление по добросовестной торговле (2012) *Руководство УДТ по процедурам проведения расследований дел о конкуренции*, с. 47-48 [*A guide to the OFT's investigation procedures in competition cases*], доступно на: www.of.gov.uk

³¹⁹ Закон о предприятиях 2002 г. [*Enterprise Act 2002*], доступно на: www.legislation.gov.uk

взаимодействовать друг с другом (и с другими органами, которые они сочтут необходимыми) на стадиях подготовки их соответствующих рекомендаций и информации. Предполагается, что информация и рекомендации повысят ясность для бизнеса о том, как работает новый режим».

Специальные полномочия антимонопольных служб: Управление по добросовестной торговле может направлять информационные запросы в письменной форме. Посредством запроса «получатель будет уведомлен о предмете расследования, будут уточнены или описаны документы и/или информация»,³²⁰ которые необходимы, и т.п. В некоторых случаях относительно больших информационных запросов могут направляться предварительные уведомления о таком запросе.

Полномочия по доступу в помещения зависят от того, подлежат ли коммерческие или жилые помещения проверке, т.е. при определенных обстоятельствах доступ в коммерческие помещения может быть осуществлен и без постановления (за исключением жилых помещений). В соответствии с опубликованным руководством, когда проверка осуществляется без постановления, должностные лица могут потребовать от любого лица:

- представить любой документ, который может иметь отношение к расследованию;
- дать разъяснение относительно любого представленного документа;
- предоставить информацию о том, где может находиться необходимый документ, если должностное лицо сочтет, что он имеет отношение к расследованию.

Также может потребоваться предоставить любую соответствующую информацию в электронном виде, которая должна храниться в форме, которую можно считать и изъять. Могут быть предприняты определенные шаги, чтобы сохранить документы или предотвратить помехи с ними.

Ордер позволяет должностным лицам применять силу для того, чтобы получить доступ в помещения (но не в отношении лица) и произвести в них обыск. Они имеют право изъять оригиналы документов, которые подпадают под действие ордера, а также документы или их копии, чтобы определить, имеют ли они отношение к расследованию, а также копии компьютерных жестких дисков, и т.п.

Не допускается требовать предъявление записей конфиденциальных разговоров (например, между юристом по роду его профессиональной деятельности и его клиентами) и нарушать право на свободу от самообвинения.

Возможность оспорить окончательное решение: Апелляционный трибунал по вопросам конкуренции рассматривает апелляции по существу в отношении решений о возмещении ущерба и других денежных требований, принятых, *inter alia* (между прочим), Управлением по добросовестной торговле в соответствии с Законом о защите конкуренции 1998 года, а также пересматривает решения, принятые Советом министров Управления по добросовестной торговле и Комиссией по конкуренции в отношении слияния или поглощения и рыночной справочной информации или же возможной справочной информации в соответствии с Законом о предприятиях 2002 года.³²¹

Украина

Антимонопольные службы: Антимонопольный комитет Украины осуществляет свою деятельность в соответствии с положениями Закона Украины о защите экономической конкуренции и Закона Украины о защите от недобросовестной конкуренции (статья 5 Закона Украины об Антимонопольном комитете Украины).³²²

³²⁰ Здесь и далее указана информация о полномочиях Управления по добросовестной торговле, взятая из следующих источников: Управление по добросовестной торговле (2012). *Руководство УДТ по процедурам проведения расследований дел о конкуренции* [A guide to the OFT's investigation procedures in competition cases], доступно на: www.of.gov.uk

³²¹ О трибунале [About the Competition Appeal Tribunal], доступно на: www.catribunal.org.uk

³²² Закон Украины об Антимонопольном комитете Украины [Закон Украины Об Антимонопольном комитете Украины], доступно на: <http://uazakon.ru>

Информация для сторон: Закон Украины о защите экономической конкуренции предусматривает, что решение о начале пересмотра дела направляется ответчику в течение трех рабочих дней с момента его принятия. Лица, которые принимают участие в деле имеют право знакомиться с материалами дела (кроме информации с ограниченным доступом, а также информации, разглашение которой может нанести ущерб интересам других лиц, которые принимают участие в деле, или помешать дальнейшему рассмотрению дела), получать копии решений в деле (кроме информации с ограниченным доступом), а также обжаловать решение в порядке, установленном законом (пункт 1 статьи 40 Закона о защите экономической конкуренции).³²³

Специальные полномочия антимонопольных служб: В принципе Антимонопольный комитет Украины имеет широкие полномочия в случаях и в порядке, установленных законом, чтобы проводить проверки служебных помещений и транспортных средств хозяйствующих субъектов – юридических лиц, изымать или накладывать арест на предметы, документы или другие носители информации, которые могут служить доказательством или источником доказательств в деле. В случае оказания сопротивления сотрудники Антимонопольного комитета Украины могут привлекать сотрудников органов внутренних дел с целью принятия мер, предусмотренных в законе и позволяющих преодолеть препятствия. Антимонопольный комитет Украины также имеет право привлекать сотрудников органов внутренних дел, таможенных и других правоохранительных органов для оказания поддержки при пересмотре дел о нарушениях в сфере защиты экономической конкуренции, в частности, при проведении расследований (подпункты 7-9 пункта 1 статьи 7 Закона Украины об антимонопольном комитете Украины). Хозяйствующие субъекты, ассоциации, другие юридические и физические лица должны предоставить, по требованию Антимонопольного комитета Украины, документы и другую информацию (в том числе конфиденциальную информацию и раскрыть банковскую тайну), необходимую для защиты экономической конкуренции (статья 22-1).

После открытия официального расследования Антимонопольный комитет Украины наделяется полномочиями, такими как право на изъятие. Тем не менее, в 2008 году в своей оценке ОЭСР отметил, что «польза от того, что АМКУ имеет право на изъятие в соответствии со статьей 44, сильно ограничена, поскольку она не включает право на проведение обыска коммерческих помещений. Говоря о практическом эффекте, для того, чтобы «изъять» доказательства, АМКУ должен знать, в частности, какой конкретно предмет представляет собой доказательство, и знать, где он находится.³²⁴

Возможность оспорить окончательное решение: Окончательные решения могут быть обжалованы в хозяйственном суде.

5.3.4 Заключение

Сильные антимонопольные органы имеют решающее значение для функционирования рыночной экономики. В то же время, большая сложность множества дел о конкуренции совместно с широкими и специальными полномочиями антимонопольных органов делает эту сферу особенно уязвимой с точки зрения совершения ошибок и/или рисков злоупотребления.

Как и во многих других странах, в Российской Федерации были случаи вынесения ошибочных решений антимонопольными органами. Судебная практика включает решения, принятые без достаточного исследования ситуации на рынке, без надлежащих доказательств или основанные на ошибочных толкованиях законодательства. Такие решения *per se* не свидетельствуют о наличии «злого умысла». Их причиной может быть недостаточная компетенция или нехватка источников. Необходимо отметить с положительной точки зрения, что в Российской Федерации существует суд, осуществляющий контроль за решениями антимонопольных органов. Тем не менее, в

См. также: Кондратьева. О. (2012) [Проверки Антимонопольного комитета Украины: основания, способы реагирования и возможные последствия], доступно на www.uba.ua

³²³ Закон Украины О защите экономической конкуренции, доступно на: <http://uazakon.ru>

³²⁴ ОЭСР (2008) Законодательство и политика в области конкуренции в Украине, с. 50. [Competition Law and Policy in Ukraine], доступно на: www.oecd.org

некоторых случаях, вероятно, недостаточно коммуникации при исследовании обстоятельств дела, что способствует принятию ошибочных решений в первую очередь.

Анализ отдельных европейских стран показывает, что отличительной особенностью антимонопольных органов является относительно широкий круг специальных полномочий с требованием о получении судебного ордера для осуществления шагов, которые представляют собой вмешательство в фундаментальные / конституционные права заинтересованных лиц. Характерно, что процедуры обжалования в независимом суде имеют место, хотя доступность и содержание такого права зависит от вида решения или принятых мер, которые оспариваются. Прослеживается нарастающая тенденция гарантирования участникам рынка хороших возможностей для совершения ответного действия до вынесения окончательного решения посредством различных форм интенсивной коммуникации с антимонопольными органами на всех стадиях проведения расследования.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1. СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ: ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО ПО ДЕЛАМ О ПРИОСТАНОВЛЕНИИ СУДОПРОИЗВОДСТВА ВСЛЕДСТВИЕ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ В ХОДЕ ПРОИЗВОДСТВА

Промедление

Хотя широко признано, что всегда будет иметь место промежуток времени (часто существенный) между датой внесения изменений и итогом судебного разбирательства, чрезмерное промедление может иметь негативные последствия, как для свидетелей обвинения, так и защиты, и может вызвать непреднамеренное уничтожение соответствующих документов, а также способствовать лишнему беспокойству и расходам. Вследствие того, что следственные органы не действовали своевременно после подачи жалобы, доведенной до их сведения, расследование может завершиться посредством приостановления производства по делу.

Промедление возможно как с помощью установления предельных сроков, так и всеобъемлющих требований, которые определяются по усмотрению суда. Последнее наиболее предпочтительно в Соединенном Королевстве, поскольку суд имеет преимущество при использовании деликатного подхода в отношении фактов.

В деле «*P. против Бретфорда (в одностороннем порядке, судья Вонг)*» (*R v Brentford justices ex parte Wong*), суд рассмотрел жалобу в отношении государственного обвинителя, который преднамеренно предоставил информацию за день до истечения срока, хотя было очевидно, что он мог бы сделать это и раньше. Суд распорядился приостановить уголовное производство, поскольку установил, что государственный обвинитель таким способом умышленно попытался выиграть дополнительное время и не принимал мер по ускорению разбирательства.

Нечеткие сроки исковой давности в отношении судебного преследования могут быть определены соответствующим законодательством. Например, Положение о противодействии отмыванию денег 1993 года³²⁵ содержит состав преступления в том, что лицо, руководящее соответствующим финансовым бизнесом, не сохраняет записи соответствующих транзакций в течение пяти лет, после проведения этих транзакций. Поэтому, если судебное преследование не было начато в отношении лица за преступление, вытекающее из вышеуказанного положения, через пять лет и более после совершения транзакции такое лицо имеет полное право уничтожить записи, как только истечет установленный законом период времени.

Аналогично нечеткие сроки исковой давности содержатся в Законе о компаниях 2006 года,³²⁶ который требует сохранять протоколы заседаний директоров компании в течение не менее 10 лет, а также бухгалтерские записи, копии договоров или меморандумов о договоре по осуществлению покупки-продажи на рынке, заявление директора и аудиторский отчет для проверки, все в течение минимального определенного периода времени.

После принятия Закона о правах человека судебная практика укрепила право на судебное разбирательство в течение разумного периода времени, так как оно является автономной конституционной гарантией, а доказательство ущерба не было больше существенным в случае, если промедление было чрезмерным и дорогим. В таких случаях признавалось, что право на судебное разбирательство в течение разумного периода времени применяется в отношении соответствующего права не быть судимым по истечении разумного периода времени³²⁷.

Тем не менее, приостановление судопроизводства является средством правовой защиты, которое суд может предоставить, но не обязан это делать, когда доступны другие средства правовой

³²⁵ Положение о противодействии отмыванию денег [*The Money Laundering Regulations*] (1993), доступно на: www.legislation.gov.uk

³²⁶ Закон о компаниях (2006) [*Companies Act*] (2006), доступно на: www.legislation.gov.uk

³²⁷ Злоупотребление процедурой и, как следствие, приостановление уголовного судопроизводства, Оксфордские монографии по уголовному праву и правосудию, А.Л.Т.Чу, 2008 г.; *Злоупотребление процедурой* (28 февр. 2011 г.) Джорданс Эд.

защиты, такие как уменьшение срока приговора в деле Р посредством выплаты компенсации. Соответствующее средство правовой защиты зависит от характера нарушения и всех обстоятельств дела³²⁸. Не будет соответствующим приостановить или прекратить судебное разбирательство, пока не может больше иметь место справедливое судебное разбирательство или в другом случае будет несправедливо судить ответчика. Однако, до сих пор есть дела, в которых государственный обвинитель нарушает свои профессиональные обязанности так, чтобы сделать его несправедливым, и чтобы судопроизводство в отношении ответчика продолжалось.

Нарушение данного слова

В конкретных случаях может иметь место злоупотребление процедурой, когда обвинение не соблюдает обещание не преследовать в судебном порядке.

В деле «Р против Кройдон (в одностороннем порядке, судья Дин») (*R v Croydon Justices, ex p Dean*)³²⁹, суд постановил, что в делах, когда лицу до завершения производства было дано обещание, обязательство или заявление полиции, что он не будет подвергаться судебному преследованию, могло иметь место злоупотребление процедурой. С учетом обстоятельств дела суд отметил, что созданное впечатление не было развеяно уже более пяти лет, в течение которых заявитель неоднократно оказывал помощь полиции. Период времени, когда полиция дала обещание использовать его в качестве свидетеля и исключить из дела как ответчика, показывает, что это носило всего лишь технический характер, поскольку обещание было дано на более ранней стадии, до того, как заявитель предоставил важную информацию. Такой подход определил тщательность, с которой теперь полиция должна вести допрос подозреваемого или общаться с его законным представителем, когда может иметь место впечатление, что если подозреваемый сотрудничает, как пожелали другие, он не будет обвинен: уведомление подозреваемого, что он будет свидетелем обвинения теперь может рассматриваться как подразумеваемое обещание, что в отношении него не будет возбуждаться судебное преследование.

В равной степени в деле «Р против Д» (*R v D*) апелляционный суд постановил, что злоупотребление процедурой имеет место, когда полиция забирает свои слова обратно и повторно инициирует судебное разбирательство, которые было закрыто несколько лет назад за недостаточностью доказательств. Апелляционный суд не считает указанные причины обвинения для возбуждения разбирательства требующими адекватного объяснения или оправдания, а также принял во внимание давность разбирательства, и тот факт, что защита была лишена важнейшей документации (разрушенной течением времени), которая, как было установлено, была причиной очевидного и существенного предубеждения при подготовке дела.

После принятия в 2004 году Кодекса королевских прокуроров, были приняты руководящие принципы относительно повторного инициирования судебного преследования, которые четко определяют условия, при которых может быть принято решение о повторном инициировании судебного преследования, которое было приостановлено:

- а) Редкие дела, когда взглянув свежим взглядом на первичное решение очевидно, что оно было ошибочным, в связи с чем, дела и были приостановлены, и что можно будет собрать и подготовить больше доказательств, которые, вероятно, станут доступными в ближайшем будущем (в таком случае подсудимый должен быть уведомлен о том, что судебное преследование может быть повторно инициировано);
- б) Дела, когда существенные доказательства были обнаружены позднее. Также обычно в делах, когда расследование было прекращено на основании конкретной заявленной причины, а затем в связи с какими-то событиями обвинение стремится повторно

³²⁸ Злоупотребление процедурой в уголовном судопроизводстве, Дэвид Коркер, Дэвид Янг и Марк Саммерс (19 апр. 2008 г.), Тоттель Эд.

³²⁹ Дело Р против Кройдон - *Law Report: Prosecution was abuse of process: Regina v Croydon Justices, Ex parte Dean - Queen's Bench Divisional Court (Lord Justice Staughton and Mr Justice Buckley)*], The Independent, доступно на: www.independent.co.uk

инициировать производство на основании вообще другой причины, что поднимает вопрос о злоупотреблении процедурой.

В соответствии с принципом королевской делимости ветви власти могут следовать отдельным пунктам в повестке дня и политике, а вопрос о злоупотреблении процедурой не может быть поднят судом, когда Управление налоговых сборов решило не преследовать в судебном порядке за уклонение от уплаты налогов, но вместо этого принять налог, штрафы и проценты, несмотря на то, что корона приняла решение открыть уголовное дело в отношении заявителя «Р против В» (*R v W*).

С другой стороны, на практике, когда Управление налоговых сборов приняло денежный расчет вместо инициирования судебного разбирательства в отношении мошенничества, предположительно совершенного налогоплательщиком (так называемая политика «Хансарда» (*Hansard policy*)³³⁰), дальнейшее судебное преследование является редкостью.

Злоупотребление процедурой с целью утраты или уничтожения доказательств

Случаи, когда обвинение не смогло получить или сохранить вещественные доказательства также может привести к приостановлению судебного производства. Условиями, при которых потеря доказательств приводит к приостановлению судебного производства, являются следующие:

- a) Когда потеря носит необратимый характер;
- b) Когда наносится серьезный ущерб подготовке и поведению защиты;
- c) Когда проблема не может быть устранена в ходе судебного производства, например, при определении приемлемости определенных доказательств;
- d) Когда можно доказать, что имела место недобросовестность или, по крайней мере, допущена серьезная ошибка со стороны полиции или следственных органов.

В последнем случае приостановление может быть гарантировано независимо от того, было ли возможно справедливое судебное разбирательство, поскольку это посеяло бы сомнение в справедливом отправлении правосудия. Такой подход также непосредственно предупреждает полицию и следственные органы, что определенные нарушения с их стороны могут привести к приостановлению судебного производства. Следователи могут допустить ошибку в отношении записей и сохранности материалов, где есть сомнение в том, что они являются актуальными для следствия.³³¹

Злоупотребление процедурой вследствие неспособности выяснить все вопросы в разумные сроки

Закон об уголовном процессе и расследовании³³² содержит наиболее значительное и широкое обязательство следователей по уголовным делам начать действовать, как только они получают соответствующее предписание, чтобы при проведении расследования следователь мог получить все необходимые сведения в течение разумного срока независимо от того, свидетельствуют эти сведения в пользу или против подозреваемого. Это правило означает, что следователь должен узнать, где находится материал, который имеет отношение к расследованию, и предпринять соответствующие шаги для его сохранности.

В 2005 году адвокатами были представлены общие руководящие принципы³³³, которые содержали положения в отношении части обязанностей следователей проявлять инициативу в поиске вещественных доказательств, например, посредством обращения в другие органы государственной

³³⁰ Политика «Хансарда» [*Code 9 cases registered prior to 1/9/05 (Hansard): The opening Hansard meeting: Hansard Statement*], доступно на: www.hmrc.gov.uk

³³¹ *Злоупотребление процедурой в уголовном судопроизводстве* Дэвид Коркер, Дэвид Янг и Марк Саммерс (19 апр. 2008 г.), Тоттель Эд.

³³² Закон об уголовном процессе и расследовании [*Criminal procedure and investigation act*] (1996), доступно на: www.xact.org.uk

³³³ *Общие руководящие принципы* [*Attorney General's Guidelines On Disclosure*], доступно на: www.cps.gov.uk

власти, у которых могут находиться соответствующие доказательства, не закрывая глаза на данное обращение только потому, что третья сторона уклоняется или отказывается предоставить доступ к искомой информации или материалам.

Обязанность по проведению расследования также должна быть соразмерна серьезности вопроса, в отношении которого ведется расследование.

В 2006 году апелляционный суд также выдал протокол о неиспользованных материалах дела³³⁴, который окончательно установил правила регулирования данного вопроса.

Злоупотребление процедурой посредством проведения манипуляций со сроками содержания под стражей

Политика, лежащая в основе сроков содержания под стражей, заключается в том, чтобы свести к минимуму период времени, проведенный обвиняемым под стражей в ожидании суда. Она обязывает обвинение надлежащим образом подготовить дело и дать возможность судебной власти определить, следует ли увеличить срок до максимального. В тех случаях, когда обвиняемому, содержащемуся под стражей, первоначально предъявлено обвинение в совершении одного нарушения, но впоследствии замещается другим, отсчет времени начинается заново. Такая ситуация может привести к подаче жалобы в отношении государственного обвинителя касательно совершения им манипуляций и злоупотребления, при условии, что его целью было обеспечить более длительный период содержания обвиняемого под стражей. В деле «Р (Уордел) против Королевского суда г. Лидса» (*R (Wardle) v Crown Court at Leeds*)³³⁵ Палата лордов постановила, что в таких случаях новый отсчет времени не начинается, если новое обвинение было подано с недобросовестной или непорядочной целью.

Злоупотребление процедурой, вследствие определения ненадлежащего мотива государственным обвинителем

Обвинения в отношении определения государственным обвинителем ненадлежащего мотива обычно возникают, когда заявитель утверждает, что основным мотивом обвинителя является месть, одержимость или некоторые другие сопутствующие мотивы, являющиеся причиной затруднительного положения ответчика. В этом отношении британские суды, как правило, такие виды судебного преследования до тех пор, пока доказательства в отношении определения ненадлежащего мотива не являются очевидными. В деле магистратского суда «Р против Дарема (суд магистратов, в одностороннем порядке, судья Дэвис)» (*R v Durham Magistrates' court, ex p Davies*)³³⁶, как утверждалось, государственный обвинитель был одержим достижением успешного судебного преследования в отношении обвиняемого. Суд не согласился с данным мнением и постановил, что такая скрытая мотивация является неуместной. Однако, он также постановил, что злоупотребление процедурой может возникнуть, если обвинение было слишком серьезным или необоснованным, в таком случае судья может вмешаться и приостановить производство.

в деле «Р против Милтон-Кинс (суд магистратов, в одностороннем порядке, Робертс)» (*R v Milton Keynes Magistrates, ex p Roberts*) суд постановил, что приостановление может быть предписано, если государственный обвинитель создал самому себе частный интерес при осуществлении своих полномочий. Судебное производство должно быть прекращено, если позволение продолжить его было бы равносильно одобрению поведения, которое подрывает и унижает верховенство права или попирает справедливость. В деле «Р (Дэкр и соответствующие газеты) против суда магистратов лондонского района Вестминстер» (*R (Dacre and associated newspapers) v City of*

³³⁴ Протокол о неиспользованных материалах дела Court of Appeal, [*Disclosure: a protocol for the control and management of unused material in the crown court*], доступно на: www.judiciary.gov.uk

³³⁵ Дело Р (Уордел) против Королевского суда г. Лидса [*Judgments - Regina v. Leeds Crown Court Ex Parte Wardle*], доступно на: www.publications.parliament.uk

³³⁶ Дело Р против Дарема (суд магистратов, в одностороннем порядке, судья Дэвис) [*Law Report: Prosecution was abuse of process: Regina v Croydon Justices, Ex parte Dean - Queen's Bench Divisional Court (Lord Justice Staughton and Mr Justice Buckley)*], The Independent, доступно на: at www.independent.co.uk

Westminster magistrate's court)³³⁷ суд постановил, что злоупотребление может возникнуть, если первичный мотив, послуживший для начала судебного преследования, был устранен из дела, что оказало негативное воздействие на производство в виде злоупотребления властью или процедурой.

Злоупотребление процедурой, вследствие предъявления излишних требований в ходе судебного производства

В деле «Р против магистратского суда Харлоу, в одностороннем порядке О'Фаррелл» (*R v Harlow Magistrates court, ex p O'Farrell*)³³⁸ суд постановил, что злоупотребление имеет место, когда обвинение пытается вменить дополнительное и более серьезное обвинение, основываясь на тех же фактах, после того как судебная скамья удалится, чтобы вынести свой вердикт по первичному обвинению. Суд рассудил, что вменение дополнительного обвинения на этой стадии судопроизводства может нанести ущерб делу со стороны защиты, которое уже защищает интересы подсудимого применительно к первичному обвинению.

Злоупотребление процедурой, на основании неравенства в обращении с обвиняемыми

В деле «Р против Пэтча и Коулмэна» (*R v Petch and Coleman*)³³⁹ суд постановил, что злоупотребление процедурой может возникнуть, когда второй обвиняемый на более поздней стадии судопроизводства был обвинен в убийстве, в то время как на предыдущих стадиях судебного процесса в отношении обвиняемых, основанного на тех же событиях, только один был обвинен в совершении убийства, что в такой ситуации, в частности, может вызвать чувство обиды.

Злоупотребление процедурой, вследствие повторного упрощенного судопроизводства

В деле «Р против оплачиваемого судьи Манчестер Сити, в одностороннем порядке Снельсон» (*R v Manchester City stipendiary magistrates ex p Snelson*)³⁴⁰ суд постановил, что будет иметь место риск злоупотребления процедурой в случае, когда обвинение возобновляет повторное упрощенное производство, даже когда первичное упрощенное производство в отношении обвиняемого было отклонено, поскольку такая практика представляет опасность повторных недобросовестных упрощенных производств за одно и то же нарушение в отношении одного и того же обвиняемого. На этом основании в деле «Р против судьи Хоршема, в одностороннем порядке Ривз» (*R v Horsham Justices ex p Reeves*)³⁴¹ суд постановил, что повторяющееся упрощенное производство в отношении обвиняемого было досадным и, таким образом, является злоупотреблением.

Злоупотребление процедурой, вследствие невозможности провести объективный допрос

В деле «Р против Трастхэма» (*R v Trustham*)³⁴² обвиняемый, который был обвинен в отмывании денег, поступающих от незаконного оборота наркотических средства, был заключен под стражу, но ни разу не был допрошен, а просто обвинен в совершении данного преступления. Суд постановил, что производство по делу должно быть приостановлено, так как обвиняемому был нанесен ущерб, поскольку он был лишен права давать пояснения на более ранних стадиях, несмотря на то, что он был предупрежден, что все что он скажет, может быть использовано против него в качестве доказательства.

Злоупотребление процедурой, основанное на контакте со свидетелями

В деле «Р против Эванса» (*R v Evans*) суд постановил, что хотя это было правильным и для защиты, и для обвинения, встретиться со свидетелями, которые должны были дать показания в отношении противной стороны, организация такой встречи с целью изменения показаний

³³⁷ Дело *Дэкр и соответствующие газеты против суда магистратов лондонского района Вестминстер Dacre v City of Westminster Magistrates Court* (2008), доступно на: www.familylawweek.co.uk

³³⁸ Дело *Р против магистратского суда Харлоу, в одностороннем порядке О'Фаррелл [R v Harlow Magistrates' Court, ex parte O'Farrell]*, доступно на: <http://lexisweb.co.uk>

³³⁹ Дело *Р против Пэтча и Коулмэна [Thomas Petch & George Romero Coleman]*, доступно на: www.bailii.org

³⁴⁰ *Р против оплачиваемого судьи Манчестер Сити, в одностороннем порядке Снельсон* (1978), 2 Сборник решений судов Англии, 62

³⁴¹ *Судья Хоршема, в одностороннем порядке Ривз* (Примечание) (1980), 75 К. Прил. R. 236

³⁴² *Р против Трастхэма*, Королевский суд Саутворка, 27 ноября 1997 г., не содержится в сборниках судебных решений

свидетелей была допустимой, однако, злоупотребление процедурой может возникнуть, если в отношении свидетелей будет применено чрезмерное давление. В деле «Р против Шлесингер» (*R v Schlesinger*)³⁴³ суд постановил, что имеющие место махинации с целью предотвратить дачу показаний возможных свидетелей представляют собой злоупотребление. Кроме того, считается, что угрозы в адрес свидетелей и побуждение изменить свои показания в обмен на что-либо является злоупотреблением.

Злоупотребление процедурой, основанное на избирательном преследовании лиц

Хотя признается, что государственные обвинители имеют право выбирать, когда именно следует привлекать к ответственности и когда не стоит, такой выбор должен быть справедливым, особенно, когда доказательства во многом похожи. Любая форма дискриминации или фаворитизма считается незаконной или превышением полномочий, и является злоупотреблением процедурой.

В Соединенном Королевстве следственным агентством, которое обладает наиболее развитой политикой и практикой, связанной с избирательным преследованием лиц, является Управление налоговых сборов, которые только выбирает для преследования небольшую долю тех в отношении кого имеется достаточное количество материала, чтобы преследовать в судебном порядке за уклонение от уплаты налогов. В большинстве случаев фактический приоритет отдается достижению взаимного соглашения, в результате которого, кроме налога, выплачивается также штраф и проценты.

Управление налоговых сборов опубликовал свою политику судебного преследования еще в 1999 году³⁴⁴. В соответствии с этой политикой, примерами таких обстоятельств, которые Государственное управление Великобритании по налоговым и таможенным сборам, в принципе, рассматривает в качестве оснований для инициирования расследования уголовного, а не гражданского дела, являются следующие:

- В случае организованных преступных группировок, атакующих налоговую систему или совершающих систематические мошеннические действия, вследствие которых, потери представляют собой серьезную угрозу для базы налогообложения, в том числе преступлениям является и сговор;
- Если лицо занимает должность, которая требует доверия и ответственности;
- Если делаются существенные ложные утверждения или представляются существенные сфальсифицированные документы в ходе рассмотрения гражданского дела;
- Где, преследуя схему уклонения, ставка делается на сфальсифицированный или измененный документ и доверие к нему, или на существенные факты, которые были искажены для повышения доверия к схеме;
- Где подозревается умышленное сокрытие, обман, сговор или коррупция;
- В случаях, связанных с использованием поддельных или фальшивых документов;
- В случаях, связанных с импортом или экспортом в нарушение существующих запретов и ограничений;
- В случаях, связанных с отмыванием денег с привлечением, в частности, консультантов, бухгалтеров, солиситоров и других лиц, действующих в профессиональном поле, и помогающие увести денежные средства из зоны досягаемости правоохранительных органов;
- Когда преступник совершал правонарушения ранее / имеет место повторное противоправное деяние или гражданское разбирательство;
- В случаях, связанных с хищением, злоупотреблением или незаконным уничтожением документов Государственного управления Великобритании по налоговым и таможенным сборам;

³⁴³ Дело *R против Шлесингер Anti-Cyber Forensics [R v Schlesinger; R v Dunk; R v Atlantic Commercial Ltd (United Kingdom)]*, доступно на: <http://anticyberforensics.wordpress.com>

³⁴⁴ Политика судебного преследования [*HMRC Criminal Investigation Policy*], доступно на: www.hmrc.gov.uk

- Где есть доказательства нападения, угроз или выдача себя за должностное лицо Государственного управления Великобритании по налоговым и таможенным сборам;
- Где есть связь подозреваемого с преступностью широкого профиля, внутренней либо международной, включая преступления, не входящие в компетенцию Государственного управления Великобритании по налоговым и таможенным сборам.

При рассмотрении, дело должно расследоваться с использованием процедур расследования мошенничества в гражданских делах или является предметом уголовного расследования, одним из факторов будет, было ли завершено или нет преступление, совершенное налогоплательщиком.

Тем не менее, существуют определенные фискальные преступления, где Государственное управление Великобритании по налоговым и таможенным сборам, как правило, не будет применять процедуры расследования мошенничества в гражданских делах в соответствии с процессуальным кодексом 9. Такими примерами являются:

- Мошенничество в отношении регистрации и погашения поддельного НДС;
- Организованное мошенничество в отношении налоговых кредитов.

Что касается судопроизводства по уголовным делам, иногда утверждается, что свидетель обвинения сфабриковал или приукрасил свои показания с целью избежать судебного преследования, с которым он столкнулся. Соответственно, его показаниям не должно придаваться какое-либо значение, в большинстве случаев доверие к его обвинению ставится под вопрос для присяжных и злоупотребление не возникает. Однако, злоупотребление может возникнуть, когда имеет место сговор между подозреваемым, который впоследствии стал свидетелем, и следователем, если следователем подозреваемому был предложен определенный стимул для лжесвидетельствования, например, обещание предоставить иммунитет ему, его другу или родственнику. Считается, что таким образом обвинение себя запятнало нарушением этики и не является справедливым.

Такая ситуация сложилась в деле «Р против Бигли» (*R v Bigley*)³⁴⁵, когда несколько лиц были задержаны за совершение преступлений, связанных с наркотическими средствами. Каждый был предусмотрительно допрошен, а некоторые из них во время проведения допроса оговорили обвиняемого. Сделав это, этим лицам затем был предложен иммунитет от судебного преследования в обмен на согласие стать свидетелем обвинения, и это предложение было ими принято. Суд постановил, что в принципе было приемлемым для обвинителя решить не преследовать в судебном порядке тех, кто виновен в совершении более серьезных преступлений. В данном случае суд отклонил обвинения в злоупотреблениях еще до того, как обвинители решили преследовать подозреваемых или нет в судебном порядке, впоследствии, в ходе проведения допросов подозреваемые стали свидетелями, оговорив обвиняемого, при этом какое-либо обещание в качестве поощрения со стороны следователей место не имело. В целом, в Соединенном Королевстве следователи и обвинители всегда должны помнить о возможности обвинения в сговоре и ненадлежащем мотиве в судебном разбирательстве, если основной свидетель обвинения, в отношении которого имеются достаточные доказательства его преступной деятельности, тем не менее, не был привлечен к уголовной ответственности.

Злоупотребление процедурой, основанное на неразглашении информации

Право на справедливое раскрытия доказательств строго взаимосвязано с правом на справедливое судебное разбирательство, злоупотребление процедурой может возникнуть, если будет выявлено, что обвинение не разглашает материал, который может обоснованно рассматриваться как подрывающий версию обвинения, или свидетельствовать в деле в пользу обвиняемого. С этой целью в 2005 году генеральный атторней издал руководящие принципы по раскрытию неиспользованного материала в ходе уголовного судопроизводства. На практике примером

³⁴⁵ Дело *Р против Бигли* [*R v Bigley*], доступно на: <http://lexisweb.co.uk>

несправедливости при раскрытии материалов дела является отказ обвинителя соблюдать свои обязательства по обеспечению надлежащего раскрытия информации, в виде исключения более позднее раскрытие материалов дела, непреднамеренное или с целью введения в заблуждение в отношении не засекреченных или засекреченных материалов³⁴⁶.

В зависимости от обстоятельств, некоторые жалобы должны быть раскрыты, другим гарантируется отсрочка для защиты, они будут раскрыты позднее, до этого такие материалы будут исключены из перечня доказательств, а некоторые направления следствия не будут раскрыты перед присяжными.

Примером дела о неразглашении информации, ставшей причиной злоупотребления, является дело «Р против Блэкледжа» (*R v Blackledge*)³⁴⁷, когда, следуя признанию вины, выяснилось, что доказательства невиновности были скрыты от защиты. Пока этот материал не будет представлен в суде, защита обвиняемого не может подать заявление о злоупотреблении. В конечном итоге суд аннулировал приговоры всех обвиняемых на основании не раскрытия информации.

В деле «Р против Хамфриса» (*R v Humphreys*)³⁴⁸ суд в конечном итоге приостановил производство, отметив наличие существенных ошибок в отношении хранения и записи соответствующие материалов, неоднократные случаи позднего раскрытия информации, выборочного раскрытия и посправа судебных приказов в отношении раскрытия информации. Следствием совокупного воздействия было подорвать доверие и уважение к верховенству права.

В деле «Р против Докера» (*R v Docker*) осуждение неправомερных действий полиции, среди обвинений в фальсификации доказательств, в сочетании с не раскрытием информации полицией, является основанием для приостановления производства по делу. Пункт 2 статьи 10 Закона об уголовном процессе и расследовании прямо говорит о возможности приостановления судебного разбирательства, когда обвинению никак не удается придерживаться сроков, что, возможно, в конечном итоге будет иметь решающее значение в самом судебном процессе.

Злоупотребление процедурой, основанное на иммунитете общественного интереса

Полномочия обвинителей по получению разрешения о не раскрытии материалов дела защите на основании общественного интереса стали сильно ограничиваться следуя решению Палаты лордов по делу «Р против Х и К» (*R v H and C*). В частности, если единственным или основным мотивом получить такое разрешение является получение преимущества в судебном процессе, удержать материал, который может затруднить преследования или укрепить версию защиты, или еще хуже, предотвратить обвинение, которое не должно было сделано при справедливом судебном разбирательстве.

В деле «Р против Патель» (*R v Patel*) суд постановил, что, когда такое злоупотребление имеет место, приговор обвиняемых подлежит аннулированию, даже если в деле, по мнению обвинения, было достаточно доказательств их вины.

В деле «Р» (R), ранее, в отношении восьми заявителей было приостановлено судебное производство на основании злоупотребления процедурой, поскольку они признали себя виновными, в первую очередь, на основании ложного предположения, что обвинением должно обеспечиваться полное и надлежащее раскрытие информации сторонам дела. Суд постановил, что признание вины не является препятствием для аннулирования приговора.

Злоупотребление процедурой, вследствие незаконно полученных доказательств

Хотя тот факт, что доказательства получены незаконно, не приводит к их автоматическому исключению, когда такие доказательства были получены под пытками.

³⁴⁶ Злоупотребление процедурой в уголовном судопроизводстве Дэвид Коркер, Дэвид Янг и Марк Саммерс (19 апр. 2008 г.), Тоттель Эд.

³⁴⁷ *Р против Блэкледжа* [*R v Blackledge*], доступно на: www.deathpenaltyproject.org

³⁴⁸ *Р против Хамфриса* (1995) 4 Сборник решений судов Англии 1008 Апелляционный суд

Другим примером, когда было приостановлено судебное разбирательство, является дело «*P против Стэплтона*» (*R v Stapleton*), когда обвиняемым было предъявлено обвинение в мошенничестве с НДС после очень длительной и надзорной деятельности со стороны полиции. Защита заявляла о злоупотреблении на основании недобросовестности и злоупотреблении властью, что власти были полны решимости задержать одного из обвиняемых за совершение некоторых преступлений, и что, в действительности, реальным мотивом для надзора было не подозрение в осуществлении постоянной преступной деятельности, а произвольное и массовое расследование в отношении обвиняемых. Таким образом, расследование *ad hominem* было недопустимым, и в любом случае в данном конкретном деле было совершенно несоразмерным.

Злоупотребление процедурой, вследствие совершения уголовных преступлений или противоправных действий следователями

В деле «*P против Шлесингера*» (*R v Schlesinger*)³⁴⁹ в 1985 году заявители были обвинены в незаконном экспорте оружия в Ирак. До суда защите стало известно о множестве официальных лиц посольств в Лондоне, которые готовы были утверждать, что оружие на самом деле не было доставлено в Ирак. Тем не менее, прежде чем дать показания свидетелей, должностные лица заявили, что они больше ничем не могут помочь, поскольку их посольства не дали на это разрешения. В этих обстоятельствах обвиняемые признали себя виновными.

После получения ответа на запрос в 1993 году стало известно, что министерство иностранных дел, по поручению таможенного (следственного органа), призвало посольства не допускать их должностных лиц к даче показаний со стороны защиты. Когда эта информация была опубликована, обвиняемые обжаловали свои приговоры. Апелляционный суд легко отменил приговоры, отметив, что при производстве имело место, во-первых, ненадлежащее вмешательство в ход правосудия и, во-вторых, это было скрыто от защиты и судьи во время судебного разбирательства. Суд постановил, что, при совершении злоупотребления обвиняемому не было обеспечено справедливое судебное разбирательство, если обвинение препятствует вызову свидетелей, которые, как предполагается, могут свидетельствовать в пользу обвиняемого.

В деле «*P против Латифа*» (*R v Latif*)³⁵⁰ Палата лордов отметила, что если суд все время отказывается приостановить судебное производство, когда следователи совершают преступления или противоправные действия, появится ощущение, что суд освобождает от ответственности за преступные деяния и злоупотребление служебным положением правоохранительными органами. С другой стороны, если бы судебные производства все время приостанавливались по этим основаниям, суд упрекался бы в том, что не защищает общество от серьезных преступлений. Суд также постановил, что в таких случаях суд обладает определенной свободой действий и принимает решения по своему усмотрению, основываясь на обстоятельствах конкретного дела, например, если поведение следователя был настолько недостойным, или постыдным, что позволить продолжаться данному судебному преследованию равносильно оскорблению общественного сознания.

В деле «Латифа» (*Latif*) суд предложил сбалансировать реализацию двух конкурирующих общественных интересов: императивом для судов стало сохранение своей моральной чистоты посредством их диссоциации от следственной недобросовестности. Справедливое отправление правосудия не может быть принесено в жертву во имя целесообразности. Второй обвиняемый и осужденный за тяжкие преступления не должен уйти от правосудия, потому что такая ситуация может подорвать доверие общественности к системе уголовного правосудия.

Основными принципами для приостановления производства, вследствие злоупотребления процедурой, являются следующие: преступление уже имело место и в его совершении не подстрекали; следователь действовал под руководством своего начальства и был мотивирован

³⁴⁹ Дело *P против Шлесингера* [Anti-Cyber Forensics, *R v Schlesinger; R v Dunk; R v Atlantic Commercial Ltd*], доступно на: <http://anticyberforensics.wordpress.com>

³⁵⁰ Дело *P против Латифа* [*Trial for drug offences not an abuse of process*], доступно на: www.independent.co.uk

желанием обеспечить наказание преступников; тяжесть преступных действий следователя была значительно ниже (простительная) по сравнению с действиями одного из подсудимых.

Применение этих принципов имело место в деле «Р против Хана» (*R v Khan*), когда тайский дипломат подвергся обыску по прибытии в аэропорт Хитроу, и в его дипломатической почте был найден героин. Он требовал приостановить судебное производство на том основании, что обыск был проведен в нарушение его дипломатического иммунитета, что является нарушением положений Венской конвенции. Судья не был впечатлен данной аргументацией и отклонил заявление дипломата.

В деле «Р против Кэррингтона» (*R v Carrington*) обвиняемому были предъявлены обвинения в незаконном обороте наркотических средств на судне, направляющемся из Мальты в Соединенное Королевство. В соответствии с международным морским правом, прежде чем задержать судно и провести на нем обыск, требуется, чтобы должностные лица таможенной службы получили согласие на проведение таких действий от Генерального прокурора Мальты, поскольку судно начало свой ход оттуда. Однако, таможенная служба не хотела ждать, пока судно войдет в территориальные воды для отслеживания и проведения обыска, но хотела сделать это в открытом море.

Было выявлено, что, когда запрашивалось согласие генерального прокурора Мальты, таможенная служба его уведомила, что судно располагалось «у берегов Соединенного Королевства», что было ложным. Суд постановил, что такое решение ввести в заблуждение мальтийских властей было постыдным, согласие получено недобросовестным путем, и приостановление судебного производства было просто необходимым.

В деле «Р против Сазерленда» (*R v Sutherland*)³⁵¹ суд постановил, что решение следователей прослушивать разговоры между подозреваемыми в убийстве и их адвокатами, когда они содержались под стражей в полицейском участке, было грубым нарушением основополагающего принципа права и прав человека. Следовательно, прослушивание не имело смысла, поскольку правам обвиняемого был нанесен ущерб.

Злоупотребление процедурой на основании незаконного финансирования обвинения

В деле «Р против Хоуниэма и других» (*R v Hounsham and others*)³⁵² судебное производство было инициировано в отношении торговцев транспортными средствами, работающих с супругами, с целью обмана страховщиков транспортных средств посредством заявления о ложных страховых требованиях относительно умышленно подстроенных ДТП. В конце судебного разбирательства обвиняемым была раскрыта информация о том, что страховые компании, о которых идет речь, финансировали полицейское расследование, что привело к их задержанию. В действительности, полиция, требуя и принимая платежи от страховых компаний, действовала с превышением своих полномочий, установленных законом. Суд отметил, что такая практика представляет собой серьезную опасность для объективности полиции и может привести к ее избирательности, например, какие преступления расследовать; приводить к жертвам, убедив следственную полицейскую группу действовать выборочно; приводить к тому, что следователи будут проводить более тщательную подготовку только тех дела, за которые платит жертва. Тем не менее, поскольку ни один из предрассудков не был доказан обвиняемым, суд постановил, что в настоящем деле заявленное злоупотребление процедурой не имело место.

Злоупотребление процедурой, вследствие провокации преступления с целью его изобличения

В деле «Р против Лузли» (*R v Looseley*)³⁵³ Палата лордов постановила, что в случаях, когда используется провокация с целью побудить граждан совершить преступления, государство само

³⁵¹ *Р против Сазерленда* [*Regina v Robert Sutherland, Gary Self, Danny Gray, John Smith, John Toseland*], доступно на: <https://docs.google.com/>; [*Annual Report of the Chief Surveillance Commissioner to the Prime Minister and to Scottish Ministers for 2003-2004*], доступно на: www.gov.uk/government

³⁵² Дело *Р против Хоуниэма и других* [*R v Hounsham*], доступно на: <http://lexisweb.co.uk>

³⁵³ Дело *Р против Лузли* (*Judgments - Regina v Looseley*), доступно на: <http://www.publications.parliament.uk>

провоцирует совершение таких преступлений, что не должно быть оправданным, следовательно, приостановление производства должно быть гарантировано. В действительности, суды должны убедиться, что государство не злоупотребляет своей властью или принудительными правоохранительными функциями судов, и, тем самым, не притесняют граждан этого государства. Роль судов является промежуточной между государством и его гражданами, и суд должен убедиться, что никакие злоупотребления не имеют место. В деле Лузли (Looseley) суд постановил, что, даже если в конкретных обстоятельствах дела справедливое судебное разбирательство было все еще возможным, дело должно быть прекращено на основании более широкого рассмотрения целостной системой уголовного правосудия. Британскими судами также были определены критерии для определения того, имела ли место провокация: если имеются разумные основания подозревать, что физическое лицо имеет причастность к совершению конкретного текущего преступления. Подозрение может быть сконцентрировано не обязательно в отношении конкретного физического лица, но и на конкретном месторасположении, где преимущественно совершаются подобные преступления. Для того, чтобы на законных основаниях прибегать к провокации, суды также установили, что должно быть запрошено соответствующее разрешение. и данные действия должны проводиться под надзором следователей, и что деятельность под прикрытием должна контролироваться в течение всего срока действия операции.

Суды также рассмотрели характер и степень участия государства в преступлении³⁵⁴:

- Проактивные действия должностных лиц могут быть приемлемыми в отношении преступлений, совершенных с согласия потерпевшего, за которые в противном случае будет трудно привлечь к ответственности (например, дела о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, где жертвы редко сообщают о совершении преступления). Иными словами, таков характер преступления, что доказательства могут быть получены только при использовании тайных методов;
- Степень вмешательства должно быть соразмерным серьезности предполагаемого преступления;
- Государство само предоставило обвиняемому заурядную возможность нарушать закон.

В деле «Риджвэй против Р» (Ridgeway v R)³⁵⁵ суд постановил, что государство может оправдать использование провокационных методов, чтобы побудить совершить преступления только тогда, когда побуждение согласуется с обычными искушениями и хитростями, которые могут встретиться в ходе преступной деятельности. Но как только государство выходит за рамки обычного, это может привести к увеличению количества преступлений, спровоцированных искусственно. Например, суд также постановил, что если обвиняемый несколько раз отказывался, прежде чем согласиться совершить преступление, государство должно будет обосновать, почему такая настойчивость или убеждение были необходимы, и не было ли это равносильно неприемлемому подстрекательству.

В случаях, когда суды могут посчитать приостановление судебного производства не таким уж и необходимым, поскольку преступление не могло рассматриваться как спровоцированное государством, становится возможным получить смягчение приговора, основываясь на том, что обвиняемый не мог совершить преступление, если бы не провокационные действия («Р против Андерхилл» (R v Underhill)). Тем не менее, намного позднее в деле «Р против Спрингера» (R v Springer)³⁵⁶ апелляционный суд постановил, если должностные лица под прикрытием купили наркотические средства у установленных торговцев, то это не может случиться основанием для смягчения приговора.

³⁵⁴ *Злоупотребление процедурой в уголовном судопроизводстве* Дэвид Коркера Дэвид Янг и Марк Саммерс (19 апр. 2008 г.), Тоттель Эд.

³⁵⁵ *Риджвэй против Королевы* (1995) 184 CLR 19, 32

³⁵⁶ *Р против Спрингера* (R v Springer) (1998) CLR 912

Злоупотребление процедурой, основанное на недопустимости повторного привлечении к уголовной ответственности за одно и то же преступление

Принцип недопустимости повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление предполагает, что обвиняемый не может быть осужден дважды на основании одних и тех же общих утверждениях. Этот запрет призван предотвратить повторное судебное разбирательство, основанное на подобных фактических вопросах и, в контексте преступления, предотвратить чрезмерное рвение обвинителей, стремящихся возбудить повторное разбирательство в отношении того же обвиняемого, в отношении которого суд отклонил предыдущее обвинение. Это также предостерегает обвинителей в случаях, когда разбирательство было завершено успешно и было назначено наказание за совершенное правонарушение, которое впоследствии вылилось в более тяжелые последствия. В действительности, в результате раскрытия полной линии защиты обвиняемого на первой судебной стадии, он может потерять преимущество на второй стадии, и, таким образом, его защита будет менее эффективной. Независимо от этого, также считается морально неприемлемым ставить кого-то в затруднительное положение, подвергать дополнительным расходам и беспокойству при вторичном преследовании³⁵⁷.

Для того, чтобы воспрепятствовать вторичному судебному преследованию британские суды установили, что преступление должно быть таким же фактически и юридически.

В соответствии с британской доктриной недопустимости повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление также запрещено судить лицо за преступление, в отношении которого такое лицо было законно осуждено в ходе предыдущего судебного разбирательства. Если выдвигались обвинения за совершение преступления, которое уже рассматривалось в предыдущих разбирательствах, в которых обвиняемый был признан виновным или был оправдан, устанавливалась альтернатива в отношении преступления, которая теперь предлагалась для рассмотрения. Британские суды считают, что, в действительности, в таких случаях обвиняемый уже неявно оправдан или осужден.

Другой принцип гласит, что преступление, в отношении которого лицо подлежит осуждению, является тем же самым или почти тем же самым, что и в отношении которого такое лицо было оправдано или осуждено в предыдущих разбирательствах. Однако, это правило применяется, если обвиняемый обвинен в совершении преступления по первому и второму обвинительному акту за одно и то же преступление. Чтобы определить имеет ли это место в деле, суды обычно проверяют есть ли существенные доказательства, чтобы поддержать второе обвинение, и будет ли достаточно доказательств того, чтобы доказать обвинение в первом.

Для того, чтобы применить исключение недопустимости повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление также необходимо, чтобы вина обвиняемого была подтверждена и было вынесено судебное решение (принятое судом соответствующей юрисдикции). Такое судебное решение включает в себя оба случая, когда приговор был принят и когда было представлено и принято заявление о признании вины.

С другой стороны, оправдательный приговор в уголовном процессе не является препятствием для гражданского судопроизводства, инициированного с целью получения возмещения за причиненный ущерб. В деле «Раджа против Хугстратена» (*Raja v Hoogstraten*)³⁵⁸ высокий суд принял во внимание более либеральный критерий доказывания в гражданском процессе и различные нормы, касающиеся допустимости доказательств.

Злоупотреблений процедурой, основанное на отдельных судебных преследованиях со стороны различных следственных органов

³⁵⁷ *Злоупотребление процедурой в уголовном судопроизводстве* Дэвид Коркер, Дэвид Янг и Марк Саммерс (19 апр. 2008 г.), [*Abuse of Process in Criminal Proceedings*]

³⁵⁸ *Дело Раджа против Хугстратена* [*British and Irish Legal Information Institute*], доступно на: www.bailii.org

В деле «Р против Биди» (R v Beedie) арендатор умер от отравления угарным газом, причиной появления которого являлся дефект газовых установок пожаротушения в помещениях, находящихся в собственности ответчика-арендодателя. Смерть расследовали различные органы, включая Службу здравоохранения и безопасности, а также полицию. До того, как полиция сообщила королевской прокуратуре о своем решении относительно судебного преследования, арендодатель был уже обвинен и осужден по распоряжению Службы здравоохранения и безопасности, в связи с совершением преступлений противоречащих положениям Закона о здоровье и безопасности на рабочем месте 1974 года. Кроме того, местные органы власти привлекли его к ответственности в связи с опасностью, связанной с газовыми установками пожаротушения. Только после этих двух обвинений и дознания арендодатель был обвинен полицией в убийстве, и дело было передано королевской прокуратуре. При обжаловании проведения третьего аналогичного судебного разбирательства обвиняемый полагался на норму (установленную в деле «Коннелли» (Connelly)) в соответствии с которой, кроме особых обстоятельств, не должны иметь место судебные разбирательства с эскалацией тяжести преступного деяния в отношении одного и того же деяния. Апелляционный суд удовлетворил ходатайство обвиняемого о приостановлении судебных производств.

Злоупотребление процедурой, основанное на повторяющемся упрощенном судопроизводстве

В деле «Р против оплачиваемого судьи Манчестер Сити, в одностороннем порядке С. Нельсон» (R v Manchester city stipendiary magistrates, ex p S Nelson)³⁵⁹ было установлено, что отправление правосудия в упрощенном судопроизводстве не препятствует возбуждению повторного упрощенного судопроизводства в отношении одного и того же преступления. Однако, в деле «Р против правосудия Хоршема, в одностороннем порядке Ривз» (R v Horsham Justices, ex p Reeves)³⁶⁰, было установлено, что второй круг упрощенного судопроизводства должен быть приостановлен как злоупотребление. Суд также постановил, что в данном случае обвинение рассматривало первый круг разбирательства как фиктивный, узнав, что рассмотрение этого дела уже имело место, хотя и в порядке упрощенного производства. Суд отметил, что такое приостановление судопроизводства предупредит плохую подготовку дела, а также пустую трату времени и денег.

Злоупотребление процедурой, основанное на оглашении данных предварительного или судебного следствия до начала гласного разбирательства дела в суде

Уже давно признано британскими судами, что оглашение данных досудебного следствия может воспрепятствовать справедливому отправлению правосудия, особенно в условиях, когда решение в отношении всех основных преступлений принимается присяжными, а не профессиональными судьями. Вследствие неуважения к действиям суда, судья получил право в ходе активного производства выносить приказ о запрете публикации в течение определенного периода времени такого производства, чтобы избежать существенного риска нанесения ущерба для отправления правосудия и, в частности, для подсудимого в той мере, что обеспечить проведение справедливого судебного разбирательства. В деле «Р против Абу Хамзы» (R v Abu Hamza)³⁶¹ председательствующий судья-лорд постановил, что приостановление судебного производства возможно в таких исключительных случаях, когда эффект гласности велик настолько, что невозможно ожидать, что присяжные его проигнорируют и будут объективны.

В качестве альтернативы приостановления судебного производства на том основании, что огласка данных досудебного следствия поставит под угрозу справедливость судебного разбирательства, может также иметь место перенос места проведения судебного разбирательства в другой географический регион, особенно если предубеждение было вызвано местной оглаской. Тем не менее, это не представляется возможным, когда негативная репутация является общегосударственной. Также возможно, чтобы судья дал надлежащие инструкции присяжным или отложил начало судебного процесса для того, чтобы спало чувство предубеждения.

³⁵⁹ Королева против оплачиваемого судьи Манчестер Сити, в одностороннем порядке С. Нельсон (Regina -v- Manchester City Stipendiary Magistrate, ex parte S Nelson) (1977), 1 WLR 911

³⁶⁰ указано выше

³⁶¹ Абу Хамза (2007) 3 Сборник решений судов Англии 451, Огласка данных досудебного следствия [Abu Hamza] (2007), также см. соответствующие постановления ЕСПЧ: доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int>

ПРИЛОЖЕНИЕ 2. ОРГАНЫ, ИМЕЮЩИЕ ПРАВО ТРЕБОВАТЬ ЛИКВИДАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА И ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ТАКОГО ТРЕБОВАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Государственные органы регистрации могут обратиться в суд с требованием о ликвидации юридического лица, если при его создания имели место неоднократные или грубые нарушения закона или иных правовых актов, в том числе имеющие необратимый характер.

Государственные или местные органы власти, обладающие такими полномочиями в соответствии с законом, могут обратиться в суд с ходатайством о ликвидации юридического лица. В соответствии с законодательством Российской Федерации в суд с ходатайством о ликвидации юридического лица могут, в частности, обратиться следующие органы.

1. Органы, ответственные за государственную регистрацию юридических лиц (регистраторы): В соответствии с частью 2 статьи 25 Закона № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц» от 8 августа 2001 года регистрирующий орган вправе обратиться в суд с ходатайством о ликвидации юридического лица в следующих случаях:

- грубого нарушения закона или иных правовых актов при создании такого юридического лица, если эти нарушения носят неустранимый характер;
- в случае совершения неоднократных либо грубых нарушений законов или иных нормативных правовых актов о государственной регистрации юридических лиц.

Регистрирующие органы также имеют право обратиться в суд с ходатайством о ликвидации юридических лиц в случаях, предусмотренных законом, в том числе:

- в случае неполной оплаты уставного капитала общества с ограниченной ответственностью в пределах, установленных законом, и неспособность такого общества уменьшить свой уставной капитал в соответствии с решением;
- в случае неполной оплаты акций акционерным обществом в установленный срок и неспособность такого общества уменьшить свой уставной капитал в соответствии с решением;
- если в конце установленного законом срока, стоимость чистых активов общества с ограниченной ответственностью была меньше его уставного капитала, и общество не уменьшает свой уставной капитал, а также если стоимость чистых активов общества была меньше минимального размера уставного капитала, и общество не приняло решение о его ликвидации;
- если в конце установленного законом срока, стоимость чистых активов акционерного общества была меньше его уставного капитала, и общество не уменьшает свой уставной капитал, а также, если стоимость чистых активов общества была меньше минимального размера уставного капитала, и общество не приняло решение о его ликвидации;
- в случаях, когда общество (товарищество) с ограниченной ответственностью было создано до принятия Федерального закона № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 года и не привело свои учредительные документы в соответствии с действующим законодательством, или реорганизовалось в акционерное общество, или производственный кооператив в установленный срок;
- если индивидуальные (семейные) частные предприятия, а также предприятия, учрежденные хозяйственными товариществами и обществами, общественными и религиозными организациями, ассоциациями, фондами и другими предприятиями, находящимися не в государственной или муниципальной собственности, основанные в соответствии с правом хозяйственного ведения, до 1 июля 1999 года не реорганизовались в деловые партнерства, общества или кооперативы, или не приняли решение о своей ликвидации;
- в случае, когда юридическое лицо, зарегистрированное до 1 июля 2002 года, не в состоянии предоставить информацию регистрирующим органам в соответствии с

подпунктами «а»-«г» пункта 1 статьи 5 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц», в редакции действующей до 31 декабря 2002 года.

2. Налоговые органы имеют право инициировать судебный процесс в судах общей юрисдикции или арбитражных судах для ликвидации субъектов любой организационно-правовой формы по основаниям, установленным законодательством Российской Федерации. В частности, налоговые органы имеют право ходатайствовать о ликвидации юридических лиц, нарушивших грубо или неоднократно законы и другие правовые акты при осуществлении своей деятельности.

Налоговые органы имеют право обратиться в суд с ходатайством о ликвидации юридических лиц, в частности, в случае повторного или грубого нарушения налогового законодательства. Таким нарушением может быть, например, систематическое непредставление отчетов о финансово-хозяйственной деятельности, а также документов и информации для расчета и уплаты налогов.

В соответствии с пунктом 5 статьи 6 Закона Российской Федерации № 5215-1 «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» от 18 июня 1993 года при повторном нарушении юридическим лицом настоящего Закона и Положения по применению контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением, налоговые органы обязаны обращаться в суд с ходатайством о ликвидации такого юридического лица с одновременным приостановлением его деятельности, связанной с денежными расчетами с населением, в том числе в виде запрещения распоряжаться средствами на его счетах в банках.

3. Федеральный антимонопольный орган (его территориальные органы в рамках своей компетенции) имеют право обратиться в суд с ходатайством о ликвидации союза торговых организаций (объединения или ассоциации), хозяйственных обществ или товариществ, если они координируют предпринимательскую деятельность торговых организаций, которые оказывают или могут оказывать влияние на ограничения конкуренции.

4. Центральный банк Российской Федерации (Банк России) имеет право обратиться в арбитражный суд с ходатайством о ликвидации юридического лица, осуществляющего не лицензированные банковские операции.

5. Уполномоченный государственный орган в области предоставления негосударственного пенсионного обеспечения имеет право подавать ходатайство о ликвидации негосударственных пенсионных фондов, которые осуществляют свою деятельность без лицензии.

6. Любое заинтересованное лицо имеет право подать ходатайство о ликвидации фонда. В соответствии с пунктом 2 статьи 119 Гражданского кодекса суд может принять решение о ликвидации фонда по заявлению заинтересованных лиц (если орган фонда уполномочен на то учредительными документами и учредителями (участниками) фонда).

При возникновении конфликтов между юридическими лицами, в попытках устранить конкуренцию, а также в случаях принудительного поглощения юридических лиц, в разных странах используются многочисленные незаконные и полузаконные методы. Как правило, правонарушителями являются недобросовестные бизнесмены или даже организованные преступные группы. Иногда органы государственной власти оказываются вовлеченными в такую борьбу, поскольку оппоненты злоупотребляют установленными официальными процедурами или государственные органы злоупотребляют своими полномочиями и вступают в сговор с некоторыми сторонами. Среди наиболее опасных сфер злоупотребления – предварительное следствие и разбирательство по уголовному делу, а также судебные решения.

Данный анализ, прежде всего, относится к Российской Федерации. Основываясь на выборочном подходе, дела для сопоставления взяты из практики Франции, Германии, Италии, Латвии, Норвегии, Испании, Швейцарии, Украины, Соединенного Королевства и иных стран.

В рамках совместного проекта “Защита прав предпринимателей в РФ от коррупционных практик” – ПРЕКОП РФ, Европейский Союз и Совет Европы в сотрудничестве с аппаратом Уполномоченного при Президенте РФ по защите прав предпринимателей нацелены на оказание помощи и содействия в имплементации механизмов предотвращения коррупционных практик в отношении предпринимательского сообщества в Российской Федерации. В частности, проект позволит укрепить потенциал института уполномоченных по защите прав предпринимателей и других органов, задействованных в защите прав предпринимателей в РФ от коррупционных практик.

www.coe.int/precop

Отдел по вопросам сотрудничества в сфере борьбы с экономическими преступлениями Генеральной дирекции Совета Европы по правам человека и верховенству права отвечает за разработку и реализацию технической помощи и программ сотрудничества, направленных на способствование борьбе с коррупцией, добросовестному корпоративному управлению и проведению реформ в области борьбы с отмыванием денег в государствах-членах Совета Европы, а также в некоторых других государствах.

www.coe.int/corruption

Совет Европы является ведущей организацией на континенте в области прав человека. Он включает в себя 47 стран, 28 из которых являются членами Европейского Союза. Все страны-члены Совета Европы подписали Европейскую конвенцию о правах человека – международный договор, призванный защищать права человека, демократию и верховенство права. За применением Конвенции в государствах-членах следит Европейский суд по правам человека.

www.coe.int

Европейский Союз - это уникальное экономическое и политическое партнерство 28 демократических европейских стран. Его целями являются создание мира, процветания и свободы для 500 млн граждан в более справедливом, безопасном пространстве. Для управления ЕС и принятия законодательства странами были созданы соответствующие органы. Основными из них являются Европейский Парламент (представляющий население Европы), Совет ЕС (представляющий национальные правительства) и Европейская комиссия (представляющая интересы ЕС).

<http://europa.eu>



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE