

Юридический бизнес

Лес рубят — щепки летят

Александр Железников, управляющий партнер московской коллегии адвокатов «Железников и партнеры», убежден в том, что специальное наказание за мошенничество в виде отдельных частей «общей» статьи 159 УК РФ не облегчает жизнь предпринимателям, а «палочная» система отчетности мешает властям в полной мере обезопасить бизнес от излишнего рвения правоохранителей.

— от первого лица —

Между молотом и молотом

В 2008 году, когда умирающий рейдерский бизнес из последних сил отсасывал себе уцелевшие после кризиса активы, Дмитрий Медведев, бывший в то время президентом РФ, положил начало надеждам предпринимателей на смягчение уголовного закона. Шаг выглядел логичным — к тому времени перенос споров хозяйствующих субъектов в плоскость уголовных дел принял характер эпидемии. Уголовное судопроизводство очевидно превосходило граждан-

Следователь, будучи процессуально независимым, способен удобном для себя образом квалифицировать действия подозреваемого и позволить суду посадить его, «сохранив лицо»

ское в скорости и возможности делегировать сбор доказательств органам уголовного преследования. Большая часть экономических и гражданских споров в рамках уголовных дел тогда выигрывалась сторонами, признанными потерпевшими, в своих исках они опирались на доказательства, которые были добыты следствием и получили преюдицию в рамках приговоров.

Эта линия, продолженная Дмитрием Медведевым в 2010 году и обнародованная в ряде выступлений, привела к тому, что в рамках УК РФ появилась специальная норма — статья 159.4. Ее субъектным составом стало мошенничество, совершенное в сфере предпринимательства. Предполагалось, что судами и органами уголовного преследования такой квалификации позволит уйти от избыточного использования предыдущей версии «мошеннической» статьи, так называемой народной. По ряду причин этот опыт оказался неудачным. Во-первых, компетентные органы продолжали квалифицировать соответствующие действия подозрева-

емых и обвиняемых по «старой» статье — например, из-за того, что она позволяла эффективнее работать с судами в части меры пресечения и сажать обвиненных в общеуголовном мошенничестве предпринимателей в СИЗО. Во-вторых, в 2014 году один из региональных судов направил в Конституционный суд (КС) РФ запрос о признании положения новой статьи УК РФ не соответствующими Основному закону. Результатом явилось совсем не то, что ожидали предприниматели: КС действительно признал положения статьи незаконными на том основании, что мо-

шенничество в сфере предпринимательской деятельности, совершенное в особо крупном размере, по размеру наказания относилось к преступлениям средней тяжести, а общеуголовное — к тяжким. К радости силовых лобби, в 2016 году новая статья 159.4 УК РФ утратила силу, в «старую» версию добавили «предпринимательские» части с пятой по седьмую, а наказание уравнили с обычным мошенничеством. Единственной отличительной формой прогресса стало примечание, повысившее крупный и особо крупный размер ущерба для этих составов. Однако следователи сохранили возможность помещать предпринимателей под стражу практически в прежнем объеме.

Посадить предпринимателя, «сохранив лицо»
Несправедливо было бы сказать, что действующий глава государства не поднимал вопрос о том, насколько общественная опасность подозреваемых или обвиняемых по «экономическим» статьям требует отсрочивать

их за решетку наряду с убийцами, террористами и насильниками. Осенью прошлого года Владимир Путин встречался с представителями общественности Дальнего Востока, в рамках дискуссии о высоких уголовно-правовых рисках местного бизнеса он рассказал, что планирует обсудить с судами и органами надзора вариант отказа от избыточного применения меры пресечения в виде содержания под стражей. И действительно, ст. 108 УПК РФ предусматривает, что заключение под стражу не применяется, если преступление совершено индивидуальным предпринимателем в связи с его основной деятельностью либо руководителем коммерческой организации в связи с осуществлением им соответствующих полномочий в рамках деятельности по извлечению прибыли. Однако СМИ постоянно освещают громкие уголовные процессы с участием крупного бизнеса, и, как мы можем наблюдать, при наличии административной воли следствия легко обходит требования ст. 108 УПК РФ. Следователь, будучи процессуально независимым, способен удобным для себя образом квалифицировать действия подозреваемого, чтобы суд мог посадить предпринимателя, «сохранив лицо».

В шаге от «преступного сообщества»

В особенно сложных случаях — как, например, в деле группы «Сумма» братьев Магомедовых — следствие может применить тяжелую артиллерию в виде ст. 210 УК РФ («Организация преступного сообщества»). Эта зубодробительная квалификация позволяет следствию решать множество проблем, начиная с процессуальных сроков, которые для особо тяжких составов возрастают в полтора раза, и заканчивая возможностью обосновать перед судом арест имущества обвиняемых. В какой-то момент эта практика распространилась настолько, что вопрос избыточного применения «бандитской» статьи по экономическим составам на-



ФОТО: АЛЕКСАНДР ЖЕЛЕЗНИКОВ И ПАРТНЕРЫ

чал подниматься регулярно. Многие эксперты обращали внимание руководства страны на тот факт, что практически любая организация рискует быть признанной преступным сообществом — и значит, под эту грозную статью, предусматривающую до 20 лет лишения свободы, подпадал каждый сотрудник организации, чей менеджмент или собственники вошли в «клинч» с силовиками. В

нимать не только его букву, но и дух. Этому препятствует принятая в правоохранительных органах система статистического учета и отчетности: давно известная в народе как «палочная», в силовых структурах она называется АППГ — «аналогичный показатель прошлого года».

Суть ее в следующем: каждое преступление регистрируется в специальной электронной базе. Среди

По смыслу ст. 210 УК РФ практически любая организация рискует быть признанной преступным сообществом

апреле текущего года у ст. 210 появилось примечание: статья неприменяется к учредителям, руководителям и работникам организации, зарегистрированной в качестве юридического лица, за исключением случаев, когда она создавалась в преступных целях. Казалось бы, это должно пресечь злоупотребления, вызванные применением чрезмерно жесткой квалификации, однако практика пока свидетельствует об обратном.

Есть ложь, а есть статистика

Что же мешает руководству страны «оживить» изрядное количество инициатив, которые обезопасили бы бизнес от избыточной жесткости правоохранителей?

Главная проблема — правоприменение. Сам закон продуман и сформулирован хорошо — осталось убедить следователей и судей воспри-

имать не только его букву, но и дух. Этому препятствует принятая в правоохранительных органах система статистического учета и отчетности: давно известная в народе как «палочная», в силовых структурах она называется АППГ — «аналогичный показатель прошлого года».

лиц могут последовать выводы. Если же показатели выше — это означает, что кривая преступности поползла вверх, и опять-таки могут последовать неприятные санкции, теперь уже за слабую профилактику (исключение составляют прямые указания «поднять цифры» по определенным направлениям, например по делам о коррупции). Таковы неписаные правила системы, и следователь вынужден действовать в соответствии с ними, иначе она отторгнет его. Чтобы в кратчайшие сроки направить дело в суд и отчитаться о его раскрытии, следователь в большинстве случаев предлагает обвиняемому дать признательные показания в обмен на мягкую меру пресечения, не связанную с изоляцией от общества. А поскольку такая возможность в основном применима к экономическим делам, то и статус предпринимателя, и все благие намерения законодателя ограждать его от чрезмерной жесткости системы часто игнорируются правоохранительными органами в угоду статистике. И наоборот, если у поданного предпринимателем заявления сложный экономический состав и оно имеет неиллюзорные шансы превратиться в висок — следственный орган будет всячески избегать возбуждения дела. Ведь главное правило системы — максимальный результат при минимальной затрате сил. А там, где количество показателей является главной ценностью, неизбежно страдает качество.

И, поскольку правило «своя рубашка ближе к телу» никто не отметил, правоприменитель оказывается между Сциллой и Харибдой. Масса порядочных, знающих закон следователей, оперативников и судей ориентируются не только на закон, но и на негласные правила правоприменения. Можно принять массу прекрасных нормативных актов, но пока система оценки эффективности работы правоохранительных органов не изменится, предприниматели продолжат сталкиваться с проблемами, решить которые призвана заявленная либерализация уголовного закона. Решение этой задачи — сложный вопрос. Я отношусь к сторонникам системы выборности прокуроров и судей, но такой подход весьма объемный и имеет свои обратные стороны. В любом случае первоначально — ставить во главу угла уголовного процесса справедливость, установление истины и состязательность сторон.

Приключения иностранных банков в России

— практика —

Российская экономика переживает не самые лучшие времена, и в этих условиях тема разбирательства в российских судах с участием иностранных инвесторов остается весьма актуальной. Представители международной юридической фирмы Allen & Overy партнер, руководитель практики по разрешению споров и соруководитель банковской практики в России ИГОРЬ ГОРЧАКОВ и юрист практики по разрешению споров московского офиса ГЕННАДИЙ ЮРИН рассказали „Ъ“ о том, как защитить интересы иностранных банков при дефолте российского заемщика, стоит ли учинять разбирательство в иностранном суде и какие трудности ожидают инвестора на этом пути.



Игорь Горчаков

жеспособной. Но в реальности они делают это крайне неохотно.

Для иностранных банков дело осложняется еще и тем, что крупные финансовые сделки и кредиты, как правило, предусматривают, что споры по ним должны вестись в иностранном государстве, например в судах Англии и Уэльса, или в международном арбитраже. Такое разбирательство может продлиться несколько лет и повлечь значительные расходы на зарубежных юристов. Если основные активы должника сосредоточены в России, иностранное решение придется в судебном порядке признавать у нас — эта задача тоже растянется на месяцы. Лишь после этого зарубежный банк сможет «дотянуться» до российских активов заемщика или гаранта по кредиту, который к тому моменту, скорее всего, уже пару лет как не обслуживается.

Поэтому универсальных рекомендаций иностранному банку при дефолте российского заемщика нет. Стратегия взыскания зависит от того, где расположена его основные активы.

Если у заемщика нет денег, чтобы погасить весь долг перед иностранным банком, мы часто рекомендуем сразу предъявлять требование о банкротстве российского должника. Помимо экономии времени и средств клиента у такого подхода масса других преимуществ, которые помогают банку получить если не весь долг, то хотя бы существенную его часть.

— Это решение очевидно, если в отношении заемщика уже ведется банкротство. Но если его нет, может ли иностранный банк сам добиться банкротства российского должника?

— По общему правилу кредитор может возбудить такое дело, только если задолженность перед ним уже подтверждена решением суда. Но несколько лет назад в законе о банкротстве появилось исключение, упрощающее банкам жизнь: поскольку наличие и сумму долга по кредиту, как правило, доказать довольно просто, законодатель предоставил им возможность пропускать стадию взыскания долга в исковом порядке и сразу обращаться в суд с заявлением о несостоятельности заемщика. А судья самостоятельно установит, соответствуют ли критерии просрочки условиям возбуждения банкротства.

И тут возникает главный вопрос: применим ли такой упрощенный порядок к иностранному банку или же к нему могут прибегать только банки из России? С точки зрения закона оба ответа имеют право на жизнь, нам же много раз удавалось доказать, что российский и иностранный банк обладают в этом случае абсолютно равными правами. В результате суды признавали, что предъявляемые нами иностранные банки могут сами добиваться банкротства должников в России, минуя долгий и дорогостоящий иностранный судебный процесс или арбитражное разбирательство. Часто такое решение для проблемной задолженности оказывается самым эффективным.

Иногда одна лишь перспектива возбуждения банкротного дела и потеря операционного контроля над заемщиком или гарантом заставляет его руководство перестать игнорировать иностранного кредитора, сесть за стол переговоров и найти удобное для всех решение. В нашей практике встречались и такие случаи.

— Крупные финансовые сделки нередко заключаются по иностранному праву. Как это влияет на процедуру разбирательства в РФ?

— Действительно, среди финансовых сделок с участием иностранных кредиторов до сих пор редко можно встретить те, что регулируются рос-



Геннадий Юрин

сийским правом. Тому есть несколько причин. Во-первых, иностранное, и особенно английское, право часто более удобно для финансирования. Оно позволяет согласовать такие механизмы и структуру сделки, которые сложно подчинить нашим кодифицированным законам. Во-вторых, стороны крупной сделки обычно заранее договариваются о том, что споры между ними будут рассматриваться в иностранных судах или международном арбитраже. Соответственно, сделку ни целесообразнее заключать по тому праву, которое действует в стране потенциального разбирательства. Иногда же иностранному инвестору попросту комфортнее оформлять договоренности с заемщиком по понятному и известному законодательству страны, в которой он находится сам.

Однако подчиненные иностранному праву финансовые сделки нередко оказываются на рассмотрении российских судов, например при банкротстве российского заемщика или гаранта. Такое дело рассматривают по правилам российского процесса, но с применением иностранного материального права, которому подчинена сделка.

— То есть российский судья должен будет рассмотреть дело и вынести решение по иностранному законодательству? Как это возможно на практике, учитывая, что среди судей в России не так уж много специалистов по праву других стран?

— То, что российские судьи не имеют профессиональных познаний в иностранном законодательстве, вполне естественно. Это особая категория споров: по сути, стороны должны доказать не только свою правоту по закону, но и обосновать содержание и порядок его применения — а суд с ними совершенно незнаком. Формально судья обязан самостоятельно выяснить содержание норм иностранного права, в соответствии с которым ему предстоит выносить решение, фактически же стороны спора и их представители, как правило, берут эту задачу на себя.

Судебный юрист имеет в своем арсенале несколько способов, с помощью которых можно доказать в суде содержание норм иностранного права. Среди них — направление запроса в Минюст, судебная экспертиза, а также представление суду заключения адвоката, бывшего судьи или иного квалифицированного юриста страны, по праву которой рассматривается спор.

Последний способ встречается в судебной практике чаще всего, но вызывает в залах заседаний немало ожесточенных споров, а применяемые к нему подходы судов до сих пор противоречивы. Один из неразрешенных ключевых вопросов: может ли подготовить такое заключение для суда иностранный юрист той же фирмы, чьи сотрудники представляют сторону дела в российском суде? С одной стороны, закон этого не запрещает. Более того, Верховный суд РФ говорит, что заключение по иностранному праву не является судебной экспертизой, а следовательно, требования о независимости эксперта от сторон дела на него не распространяются. В нашей практике суды придерживаются такого подхода в подавляющем большинстве случаев.

Но, к сожалению, встречается и противоположная судебная практика. В одном из дел, где мы представляем интересы крупного международного инвестиционного банка, апелляционный суд отверг как заключение по английскому праву, подготовленное нашим юристом, так и аналогичное заключение от другой международной компании. Поскольку обе юридические фирмы являются консультантами банка в той или иной

стране, суд посчитал, что они заинтересованы в победе клиента и доверять их выводам нельзя. Любопытно, что судьи в том деле так и не поверили, что английское право во многом основано на судебных прецедентах и английском законе, применителем в споре, просто не существует. Придя к выводу, что содержание английского права установить не удалось, суд применил к сделке российский закон, и в результате должник освободился от многомиллионных долларовых обязательств перед банком. К счастью, вскоре нам удалось добиться отмены этого решения, и права нашего клиента были полностью восстановлены.

— Какие еще возникают сложности в ходе разбирательства в российском суде по иностранному праву?

— Один из ключевых минусов российской юрисдикции для иностранного инвестора — неопределенность подходов к делу и часто следующая из нее непредсказуемость результатов судебного разбирательства.

К примеру, в процессе доказывания факта выдачи денег по кредиту иногда возникают вопросы к доводам банка. Ведь зачастую средства выдаются заемщику за пределами РФ и зачисляются на его иностранные счета (иногда в том же самом банке). Из-за этого иностранный банк попросту не может представить в суд платежные поручения по форме, соответствующей российским законам. Факт выдачи такого кредита обычно подтверждается электронными SWIFT-сообщениями, которые не имеют ни печати, ни подписи. Должник или другие кредиторы, конкурирующие с банком, обычно обращают на это внимание и заявляют в суде, что документы могли быть составлены банком произвольно, имеют ненадлежащую форму, а факт выдачи кредита не доказан. К счастью, в наши дни суды редко к ним прислушиваются. Тем не менее мы рекомендуем нашим клиентам получать от того заемщика, который сотрудничает с банком, письменное подтверждение суммы выбранного кредита и всех имеющихся долгов. В дальнейшем это сильно поможет им в судебном процессе.

Записала Юлия Карапетян