№ 1 (97) 2021 ТЕМА НОМЕРА

Уголовно-правовые риски: ловушка для бизнеса

10.03.2021 СПЕЦПРОЕКТЫ СТАТЬИ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Новости о громких задержаниях бизнесменов и возбуждении уголовных дел в отношении руководителей юридических департаментов заставляют беспокоиться юристов компаний. Чтобы ответить на вопросы о том, где они видят основные уголовно-правовые риски для бизнеса, журнал Legal Insight и АБ «Павел Хлюстов и Партнеры» провели анонимный опрос среди 80 руководителей юридических департаментов ведущих российских и иностранных компаний. Его итоги обобщил и сравнил со статистикой привлечения к уголовной ответственности ***Алексей Гуров****.*

«Бизнес не должен ходить под статьей»

Этими словами Президента РФ еще раз был обозначен курс на либерализацию практики применения Уголовного закона в отношении предпринимателей. Но в условиях пандемии держать курс стало сложнее. Усиливается борьба за экономические ресурсы, и в этой борьбе не последнюю роль будет играть правоохранительный инструмент, к которому станут больше прибегать и госорганы, например, собирая налоги, и бизнес — для разрешения экономических споров. Все это приводит к неутешительным прогнозам о повышении уголовно-правовых рисков, с чем согласно больше половины (57,5 %) наших респондентов (рис. 1). Однако и до пандемии эффективность либерализации вызывала много вопросов, несмотря на ряд шагов, предпринятых законодателем в последнюю пятилетку. Так, изменен порядок определения и существенно повышен размер крупной и особо крупной недоимки

по налоговым преступлениям. Печально знаменитая ст. 210 УК РФ, касающаяся предпринимателей, дополнена примечанием. Расширен перечень составов преступлений экономической направленности, по которым запрещается заключать подозреваемого (обвиняемого) под стражу.

Но правоприменитель не спешит следовать объявленному курсу. Очень показательна ситуация с либерализацией мер пресечения в отношении предпринимателей. Если верить статистике, в ряде случаев смягчение в избрании меры пресечения действительно произошло. К 2020 г. число арестов снизилось со 113 тыс. до 95 тыс. Однако, судя по списку предпринимателей Forbes, 2019-й год оказался для них рекордным по количеству задержаний, следует из исследования РБК. Всего за период с 1999 г. из списка Forbes были арестованы 34 человека, из них шестеро в 2019 г.

И тогда же, в 2019 г., вспомнили про залог в качестве меры пресечения. Был создан фонд для освобождения арестованных предпринимателей под залог. Планировалось с помощью сбора средств на специальный счет Ассоциации защиты бизнеса за год привлечь более 1 млрд рублей. Статистика по количеству залогов с 2017 г. стремительно снижалась и, по оценке бизнес-омбудсмена, составила не более 0,02 % от всех видов мер пресечения. По данным Верховного Суда России, в 2019 г. было рассмотрено порядка 106 тыс. ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, из них удовлетворено 89,2 %. При этом об избрании в качестве меры пресечения залога рассмотрено только 90 ходатайств, из которых удовлетворено 85,5 %.

Александр Хуруджи, общественный уполномоченный по защите прав содержащихся под стражей предпринимателей, обращал внимание на проблему их ареста в ходе прямой линии с президентом Владимиром Путиным. Глава государства согласился с тем, что нельзя злоупотреблять арестами в сфере экономических правонарушений, но под- черкнул, что важна сумма залога.

Примечательно, что даже большие суммы не склоняют судей к избранию меры пресечения в

виде залога. Так, в деле Зиявудина Магомедова, совладельца группы «Сумма», был отклонен залог в 2,5 млрд рублей, а за свободу американца Майкла Калви, основателя Baring Vostok, безуспешно предлагался залог в сумме 5 млн рублей.

В июне 2020 г. Верховный Суд издал Постановление, которое должно снизить число арестов бизнесменов. Ни одна из мер пресечения, в том числе заключение под стражу, не может быть избрана без достаточных оснований полагать, что подозреваемый или обвиняемый попытается скрыться, продолжит заниматься преступной деятельностью, уничтожит улики или как-то еще помешает уголовному производству. При этом даже наличие таких оснований не является поводом для заключения под стражу.

И все же праздновать победу залога пока рано, так как пребывание в СИЗО используется в качестве эффективного инструмента давления. К тому же обойти прямой запрет на арест по предпринимательским статьям достаточно легко — нужно только найти не экономический повод или «утяжелить» статью, как это случилось в деле Дмитрия Мазурова, владельца группы компаний «Новый поток». Его обвиняют в совершении особо крупного мошенничества (ч. 4 ст. 159 УК РФ) и особо крупной растраты (ч. 4 ст. 160 УК РФ), а также в причинении тяжкого вреда здоровью (п. «а» ч. 3 ст. 111 УК РФ). Его обвинили в нападении на эскорт-модель Юлию Мильштейн год спустя после возбуждения уголовного дела. Новая не экономическая статья позволила следствию беспрепятственно продлить арест, срок которого истекал летом 2020 г.

В ноябре 2020 г. случился перелом в деле Калви: его освободили из-под ареста — взят курс на прекращение дела. Эксперты сходятся в мнении: дело в том, что за истекший период были решены корпоративные вопросы (об использовании уголовно-правовых методов для разрешения бизнес-конфликтов речь пойдет далее).

Уполномоченный по защите прав предпринимателей Борис Титов в ежегодном докладе президенту сообщил, что если в 2013 г. он получил от бизнесменов 1 361 жалобу на необоснованное уголовное преследование, то с начала 2020 г. их насчитывается уже более

10 200.

Инхаус-юристы не доверяют правоохранительным органам

82,5% респондентов анонимного опроса LI полагают, что реализация уголовной политики в отношении бизнеса отрицательно сказалась на деловом климате России. При этом 48% из них сами с уголовно-правовым давлением за последние пять лет не сталкивались. Почему даже те, кто избежал взаимодействия с правоохранителями, негативно оценивают их работу?

На наш взгляд, это связано с постоянным потоком информации из СМИ и социальных сетей о все новых уголовных делах в отношении представителей бизнеса. Не последнюю роль играет и сарафанное радио — информация от «коллег по цеху», которые непосредственно столкнулись с уголовно-правовым давлением. Бизнес включает уголовные риски в разряд ключевых. Сфера юридических услуг по уголовно-правовой защите бизнеса в течение последних лет растет огромными темпами. По этой тематике проходит множество деловых конференций. Несмотря на отсутствие обобщенной статистической информации, создается ощущение повсеместного усиления давления на предпринимателей со стороны силовых структур государства, что в целом не может не отражаться на общей негативной позиции юридического сообщества по данному вопросу.

Когда негативную оценку получают действия нечистоплотных силовиков, оказывающих прямое давление на бизнес и наделяющих предпринимателя статусом обвиняемого по надуманным основаниям, это понятно. Но подавляющее большинство респондентов (78,8 %) поставило «неуд» и работе правоохранительных органов по защите предпринимателей как потерпевших от реальных преступных посягательств на бизнес (рис. 2). Как и при ответе на предыдущий вопрос, здесь также примерно половина респондентов (47,6%) с уголовно-правовым давлением как таковым в своей деятельности за последние пять лет не сталкивались. Нельзя исключить, что какая-то часть опрошенных, не найдя у правоохранительных органов защиты своих прав и законных интересов в конкретной правовой ситуации, экстраполировала полученный негативный опыт на

правоохранительную систему в целом.

Так или иначе, но общая картина проведенного исследования практически очевидна: главные юристы крупного и среднего бизнеса не видят существенного улучшения ситуации посредством реализации законодательных инициатив в сфере уголовно-правового регулирования экономических отношений. Более половины опрошенных юристов компаний за последние пять лет в той или иной степени сталкивалось с уголовно-правовым давлением. А те, кому удалось избежать такой участи, не рассматривают существующую правоохранительную систему как действенный механизм защиты от преступных посягательств в сфере экономики.

Несмотря на недоверие и негативную оценку деятельности правоохранительной системы, более половины опрошенных инхаус-юристов (61,3 %) считает использование уголовно-правовых механизмов допустимым для разрешения экономических споров в случаях, когда против компании совершено преступление (рис. 3).

13,7 % респондентов готовы использовать правоохранительные органы для инициирования уголовно-правового давления на оппонентов, если видят в этом положительные экономические перспективы. Такой показатель является достаточно высоким даже для текущего кризисного периода. Приходится признать, что общий уровень правовой культуры в стране пока не позволяет полностью отказаться от соблазна использовать такой метод конкурентной борьбы и устранения противников между предпринимателями, как возбуждение «заказных» уголовных дел против оппонентов. Как известно, спрос рождает предложение, что в целом далеко не способствует укреплению доверия предпринимательского сообщества к правоохранительным органам.

23,8 % респондентов ни при каких обстоятельствах не готовы прибегнуть к использованию уголовно-правовых механизмов для разрешения экономических споров. Впрочем, как показывает наш опыт, часть тех, кто предпочитает гражданско-правовые механизмы урегулирования конфликта уголовно-правовым, убеждена в том, что обращение в

правоохранительные органы может обернуться против самих заявителей. На наш взгляд, это также является проявлением общего недоверия бизнес-сообщества к силовым структурам.

Карта уголовных рисков

Одной из целей нашего опроса было обозначение самых болезненных точек в деятельности компаний, которые связаны с риском привлечения внимания правоохранительных органов, то есть построение своеобразной карты рисков. Мы попросили наших респондентов выделить пять наиболее рисковых зон в деятельности их компаний (рис. 4).

Наиболее рисковыми сферами для возможного уголовного преследования являются области хозяйствования, связанные с бюджетной составляющей: налоговая сфера (48,8 %), госзакупки (21,3 %), валютное регулирование (15 %). При этом налоговую оптимизацию как потенциальный источник возможных проблем с силовиками отмечает без малого половина респондентов.

Налоги

Проблема уголовно-правового давления на бизнес в налоговой сфере стала уже общим местом современной правовой действительности. Ежегодно в своих докладах Президенту РФ Уполномоченный при Президенте РФ по защите прав предпринимателей Б. Ю. Титов отмечает неуклонный рост числа обращений представителей бизнес- сообщества в связи с необоснованным привлечением их к уголовной ответственности за налоговые преступления . На этом фоне официальная статистика зарегистрированных преступлений экономической направленности (куда входят и налоговые составы) из года в год демонстрирует тенденцию к снижению. Понятно, что между возбуждением уголовного дела и направлением его с обвинительным заключением в суд для рассмотрения по существу лежит целая «пропасть» стадии предварительного расследования. Далеко не все уголовные дела преодолевают этот специфический процессуальный фильтр. Однако и судебная статистика рассмотренных

уголовных дел по статье за уклонение от уплаты налогов с организации (ст. 199 УК РФ) не дает основанию причислить данный состав к «людоедским».

Как видно из таблицы, общий обвинительный уклон российского правосудия сохраняется и в сфере налоговых составов. Количество обвинительных приговоров за пять лет стабильно держится на уровне 67 % от общего числа рассмотренных дел. Вместе с тем общее количество рассмотренных судами по существу уголовных дел по ст. 199 УК РФ за последние пять лет не превышает 570 в год. Это весьма скромный показатель даже по сравнению с иными составами гл. 22 УК РФ, что уж говорить о таких «популярных» у правоохранителей деяниях, как мошенничество (ст. 159 УК РФ), присвоение и растрата (ст. 160 УК РФ). Количество осужденных предпринимателей по таким составам ежегодно измеряется тысячами.

Налоговая проверка хозяйственной деятельности компании зачастую заканчивается возбуждением уголовного дела о хищении, злоупотреблении полномочиями или коррупционном преступлении, то есть по составам, далеким по объекту от налогового преступления. В частности, необоснованное возмещение из бюджета налога на добавленную стоимость квалифицируется не как налоговое преступление, а как хищение по ст. 159 УК РФ.

Не следует забывать и о том, что уголовно-правовое давление не тождественно привлечению к уголовной ответственности. Наш опыт показывает, что крупный и средний бизнес значительно чаще подвергается уголовно-правовому давлению в ходе так называемых доследственных проверок. На этапе возбуждения уголовного дела ст. 144 УПК РФ наделяет следователя широким спектром полномочий, включая производство оперативно-розыскных мероприятий, только часть из которых санкционируется судом. В то же время запрос большого массива документов, опросы сотрудников компании и другие процессуальные действия, не требующие санкции суда, способны причинить бизнесу существенный вред, затруднить или даже парализовать деятельность компании.

Количественно оценить такой аспект уголовно-правового давления на бизнес на сегодняшний день не представляется возможным из-за отсутствия доступного статистического учета. Однако уровень такой разновидности давления на бизнес со стороны силовиков как минимум сопоставим с привлечением к уголовной ответственности.

Госзакупки

Сказанное в полной мере относится к сложившейся практике правоприменения в сфере госзакупок. С точки зрения уголовно-правовых рисков на сегодняшний день эта сфера является, наверное, одной из самых «токсичных» для бизнеса. Отечественный прокьюремент не чужд самого пристального внимания со стороны правоохранительных органов, противодействующих коррупционным проявлениям, сговору на торгах и мошенническим действиям при реализации соответствующих публичных процедур. Прямым следствием такого внимания является то, что финансово-хозяйственная деятельность практически любого поставщика изучается, что называется, под микроскопом, а малейшее отклонение от нормы, не обязательно свидетельствующее о наличии признаков преступления, трактуется не в пользу предпринимателя. Примером могут служить отдельные факты ненадлежащего исполнения обязательств, которые носят гражданско-правовой характер. Так, нарушение сроков или объема поставки, завышение контрактной цены далеко не всегда указывают на факт совершения какого-либо преступного деяния. Сложившаяся правоприменительная практика такого состава как мошенничество (ст. 159 УК РФ) позволяет следствию без труда подвести даже незначительное отступление от условий государственного контракта под признаки тяжкого хищения. Отдельные случаи избыточного рвения правоохранительных органов можно расценивать как давление на бизнес, что и показывают результаты проведенного опроса.

Одним из хедлайнеров уголовного преследования бизнеса сейчас является ФАС России. По материалам этого ведомства используют целый веер статей Уголовного кодекса (от мошенничества и коррупционных преступлений до легализации преступного дохода и манипулирования рынком), а вопрос усиления полномочий антимонопольной службы,

равно как и увеличение уголовной ответственности за картели, стоит в повестке Государственной думы, рассматривающей соответствующий закон.

Корпоративное управление и неисполнение обязательств

Еще одна рисковая сфера, с точки зрения наших респондентов (21,3 %), — это корпоративное управление. Как уже было отмечено, разрешение внутрикорпоративных конфликтов уголовно-правовыми средствами и способами — далеко не новость для российской правовой действительности. Одной из проблем здесь является практически безграничный потенциал силовиков в вопросе снятия корпоративной вуали. Этим нередко пользуются недобросовестные собственники бизнеса, решившиеся развязать корпоративную войну со своими партнерами. Кроме того, вмешательство правоохранительных органов в такие войны довольно часто приводит к тому, что предприниматели существенно ограничиваются в уровне корпоративного контроля или

даже лишаются права на участие в корпорации. Путем производства принудительных процессуальных мер в рамках возбужденного уголовного дела о хищении или злоупотреблении полномочиями не сложно воспрепятствовать реализации корпоративных прав или серьезно ограничить их, что в результате причиняет существенные убытки как самой корпорации, так и отдельным ее членам.

Недопустимость использования уголовного преследования в качестве средства для давления на предпринимательские структуры и решения споров хозяйствующих субъектов неоднократно подчеркивалась на уровне Верховного Суда РФ. Несмотря на это, все еще нет данных, которые позволили бы однозначно выделить уголовные дела, связанные с корпоративными конфликтами, в силу малодоступности или отсутствия соответствующей статистики.

Очень часто возбужденные дела не доходят до суда, так как у них другая задача. Так, многие эксперты называет дело Калви ярким примером того, когда силовой ресурс (в данном случае

— возбуждение уголовного дела) используется для оказания давления на бизнес с целью его передела). Первое смягчение позиции следствия по делу совпало с переходом прав собственности к российским партнерам Калви. Проблема использования метода уголовно-правового давления нарастает. Генеральная прокуратура РФ регулярно отчитывается о нарушениях, выявленных при возбуждении уголовных дел в отношении предпринимателей.

Претензии кредиторов в случае неисполнения обязательств (18,8 %) — еще одна крайне рисковая с точки зрения возможных уголовно-правовых претензий сфера предпринимательства. Таковой ее делает наметившаяся неопределенность правоприменения в вопросе соотношения, казалось бы, разнородных категорий сделки и хищения. На первый взгляд, очевидно, что одно исключает другое: совершение преступления не влечет за собой возникновение у виновного каких-либо гражданских прав на объект посягательства. Однако парадокс в том, что на практике едва ли не любое неисполнение обязательств по гражданско-правовому до- говору при наличии определенных обстоятельств может быть квалифицировано правоохранителями как экономическое преступление.

К сожалению, разъяснения Верховного Суда РФ по этому вопросу не добавляют ясности. Если проанализировать предложенные рекомендации высшего судебного органа, получается, что умысел на хищение определяется исключительно самим фактом неисполнения обязательств. При таком подходе следствие толкует все действия «провинившейся» стороны договора через призму якобы имевшего место желания скрыть свои преступные намерения и придать им вид легальной гражданско-правовой сделки, то есть как проявление мошеннического обмана. Например, предприниматель в силу объективных причин исполнил обязательство лишь частично. В глазах следователя это может быть свидетельством умысла на мошенничество, а именно созданием видимости исполнения обязательств без намерения реально их исполнить. При таком «креативном» подходе правоприменителя рассуждения на тему недопустимости «хождения бизнеса под

статьей» утрачивают практический смысл.

Экология

В связи с уголовно-правовыми рисками крупного и среднего бизнеса отдельно стоит упомянуть сферу экологической безопасности. По результатам проведенного опроса, значительная часть респондентов (13,8 %) столкнулась с соответствующими рисками именно в данной области.

Анализируя в этой связи судебную практику, нельзя не отметить, что количество осужденных за преступления, предусмотренные гл. 26 УК РФ «Экологические преступления», в целом носят скорее единичный характер. В данном случае безусловным трендом являются составы, предусмотренные ст. 256 «Незаконная добыча (вылов) водных биологических ресурсов», ст. 258 «Незаконная охота» и ст. 260 «Незаконная порубка деревьев и кустарников», которые, на наш взгляд, лежат вне контекста деятельности крупных и средних компаний. Что касается остальных составов гл. 26 УК РФ, то, например, за весь 2019-й год по ним было осуждено всего порядка 40 человек, что более чем в 10 раз ниже аналогичного показателя по тем же налоговым преступлениям.

Возможно, выявленный значительный процент уголовно-правовых рисков в экологической сфере связан с экологической катастрофой в Норильске и последовавшими после этого тотальными проверками большого числа крупных и средних компаний нефтегазового сектора. «Сейсмическая» активность правоохранительных органов в такой ситуации не могла не затронуть ключевых игроков рынка, деятельность которых так или иначе связана с воздействием на экологию, что сказалось на результатах проведенного опроса.

Уголовные риски менеджмента

Согласно опросу, уголовно-правовые риски бенефициаров и топ-менеджеров компаний ожидаемо превысили аналогичные риски инхаус-юристов (рис. 5 и 6). Формула «за все

отвечает директор» продолжает работать и в уголовно-правовой сфере. Вместе с тем очевидно, что высокие уголовно-правовые риски топ-менеджеров и бенефициаров компании деструктивно влияют на их способность принимать адекватные, продуманные и креативные управленческие решения, без которых невозможно успешное ведение конкурентоспособного бизнеса.

Что касается юриста компании, то последний, как правило, не принимает самостоятельно ключевых управленческих решений. Вместе с тем даже реализация процедуры оформления уже принятых решений в ряде случаев чревата предъявлением руководителю обвинения в соучастии в форме, например, интеллектуального пособничества. Возможно, именно с этим связано то обстоятельство, что без малого половина опрошенных инхаус-юристов оценивает свои уголовно-правовые риски как средние.

Один из опрошенных нами руководителей правового департамента так прокомментировал данный вопрос: «Риск видится не в индивидуальном преследовании руководителя юрдепа, а в привлечении к ответственности в рамках расследования деятельности всей компании. В случае ее попадания по той или иной причине под пристальное внимание следственных органов, уголовно-правовые риски возрастают для всей управленческой команды. И следование букве закона, к сожалению, не обеспечивает безопасности лицам, участвующим в выработке и принятии решений».

Фактически распространены ситуации, когда в рамках уголовного процесса осуществляется оценка экономических операций компаний. Если речь идет о сложных договорных конструкциях, у следствия может возникнуть соблазн упрощения таковых, равно как и ролей участников процесса. Подобное упрощение может приводить к искаженному восприятию ситуации и неправильным выводам. Являясь участниками всех крупных сделок, юристы автоматически попадают в зону риска. Для отдельных категорий юристов, например руководителей подразделений M&A, этот риск особенно высок. Кроме того, практика попыток выявления следствием «преступных сообществ» внутри компаний также не может не вызывать беспокойства. При подобном подходе в зону риска попадают все участники

принятия решений: как собственно лица, их принимающие, так и специалисты, выполняющие сугубо технические функции.

Комплаенс

Практически 40 % опрошенных учитывают уголовно-правовые риски при осуществлении комплаенса в компании. Примерно столько же респондентов (32,5 %) всерьез задумывается о включении таких рисков в программу комплаенса (рис. 7). Представленные данные позволяют утверждать, что угроза уголовно-правового давления на бизнес воспринимается большинством представителей крупного и среднего бизнеса как реальная. С другой стороны, указанный подход свидетельствует о зрелости российского бизнеса и его стремлении обезопасить себя от вызовов времени.

Один из наших респондентов комментирует: «Нельзя говорить об абстрактном уголовно-правовом риске. Можно говорить о конкретных направлениях, таких как борьба с коррупцией, обеспечение чистоты закупочной деятельности, прозрачность распоряжения имуществом и т. д.».

Одна из ключевых проблем, которую обсуждает юридическое сообщество, — это невозможность захеджироваться от уголовно-правовых рисков. «Зачастую никто не знает, «где завтра рванет» (если же знают — то это уже другая история). То, что вчера было обычной деловой практикой, завтра может получить новую оценку в глазах проверяющих. Как результат, некоторые риски могут быть идентифицированы только тогда, когда уже материализуются», — отмечает один из руководителей.

Практически в половине компаний (48,8 %) (рис. 8), представители которых приняли участие в опросе, минимизация уголовно-правовых рисков входит в зону ответственности юридической службы. В то же время 18,8 % компаний не закрепили данную функцию ни за

одним из организационных подразделений.

Руководитель одного юрдепартамента комментирует: «Минимизация уголовно-правовых рисков — вещь комплексная, включающая несколько элементов: идентификацию, оценку вероятности и последствий, выработку механизма управления. Служба безопасности не всегда в состоянии покрыть все составляющие, поэтому более корректным представляется следующее распределение ролей: юристы идентифицируют свои риски, СБ на основании собственного опыта — свои, далее менеджмент дает оценку рискам (существенно / не существенно), затем при участии юристов вырабатывается механизм управления риском».

Как правило, уголовно-правовые риски являются частью общей системы управления рисками. Они могут проистекать из деятельности, в которой юристы не принимают участия либо принимают незначительное участие. В крупных корпорациях функция управления рисками наряду с функцией внутреннего аудита может быть выделена в отдельную структуру. В более мелких компаниях вопрос принадлежности определяется историческими особенностями либо расщепляется между несколькими подразделениями.

Уголовно-правовой аудит, направленный на минимизацию рисков уголовного преследования, в настоящее время все больше набирает популярность среди предпринимателей. Как правило, своевременный анализ сделки или совокупности сделок на предмет уголовно-правовой чистоты, подготовка сотрудников компании к возможным претензиям со стороны правоохранительных органов, разработка стратегии защиты на случай возбуждения уголовного дела и производства процессуальных действий в большинстве случаев способны отбить интерес к компании даже у искушенных правоохранителей.

Подмеченная М. Е. Салтыковым-Щедриным особенность отечественной правовой действительности («суровость российских законов компенсируется необязательностью их исполнения») стала мало соотноситься с реальностью. Нормы уголовного закона в

отношении предпринимателей действительно становятся мягче. В то же время контроль за их соблюдением ужесточается. В результате у представителей бизнеса формируется мнение о негативном влиянии силовиков на деловую среду. Оно только усиливается, когда правоприменители начинают видеть практически в каждом предпринимателе источник противоправного деяния.



Алексей Гуров партнер АБ "Павел Хлюстов и партнеры"

СПЕЦПРОЕКТЫ СТАТЬИ УГОЛОВНОЕ ПРАВО