



Правопорушення в державному секторі, цивільні позови

Цивільні позови щодо повернення
вкрадених активів



Правопорушення в державному секторі, цивільні позови

Цивільні позови щодо повернення
вкрадених активів

Правопорушення в державному секторі, цивільні позови

Цивільні позови щодо повернення
вкрадених активів

Жан-П'єр Брун
Паскаль Елен Дюбуа
Еміль ван дер Доес де Віллебуа
Жан Ош
Сара Жаїс
Яніс Меккі
Анастасія Сотирополу
Кетрін Розе Сільвестер
Махеш Утамшандані



Ініціатива з повернення викрадених активів

Світовий банк • УНЗ ООН



© 2015 Міжнародний банк реконструкції та розвитку / Світовий банк
1818 H Street NW,
Вашингтон DC 20433
Телефон: 202-473-1000;
Інтернет: www.worldbank.org

Ця робота була вперше опублікована Світовим банком англійською мовою під назвою «Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets» у 2015 році. У разі наявності будь-яких невідповідностей перевагу матиме мова оригіналу.

Ця публікація є результатом роботи співробітників Світового банку та залучених експертів. Отримані дані, тлумачення та висновки, наведені в цій публікації, не обов'язково відображають погляди Світового банку, Ради директорів Світового банку або урядів, які вони представляють.

Світовий банк не гарантує точності даних, включених до цієї публікації. Кордони, кольори, позначення та інша інформація, вказана на будь-якій карті в даній публікації, не висловлюють жодних думок з боку Світового банку щодо юридичного статусу будь-якої території або схвалення, або визнання таких кордонів.

Ніщо в цій публікації не є і не може вважатися як обмеження або відмова від привілеїв та імунітету Світового банку, які захищені спеціальними правами.

Права та дозволи

Ця публікація є доступною у відповідності до ліцензії Творчого співтовариства із зазначенням авторства (Creative Commons Attribution 3.0 IGO license (CC BY 3.0 IGO)) <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo>. У відповідності до ліцензії Творчого співтовариства із зазначенням авторства ви маєте право копіювати, розповсюджувати, передавати та адаптувати цю публікацію, включно із комерційними цілями, у відповідності до наступних умов:

Зазначення авторства – будь-ласка, у разі наведення цієї публікації вкажіть наступне: Жан-П'єр Брун, Паскаль Елен Дюбуа, Еміль ван дер Доес де Віллебуа, Жан Ош, Сара Жаїс, Яніс Меккі, Анастасія Сотирополу, Кетрін Розе Сільвестер та Махеш Утамшандані, 2015. Публічні правопорушення, цивільні позови: Цивільні позови щодо повернення вкрадених активів. Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк. doi:10.1596/978-1-4648-0370-3. Ліцензія: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO

Переклади – якщо ви робите переклад цієї публікації, будь-ласка, додайте наступне застереження разом із зазначенням авторства: цей переклад не є перекладом, що зроблений Світовим банком, і не може вважатися офіційним перекладом Світового банку. Світовий банк не несе відповідальності за будь-який зміст або помилки у цьому перекладі.

Адаптування – якщо ви будь-яким чином адаптуєте цю публікацію, будь-ласка, додайте наступне застереження разом із зазначенням авторства: це є адаптована версія оригіналу публікації Світового банку. Погляди та думки, що висловлені в адаптованій версії, є виключно відповідальністю автора чи авторів адаптованої версії та не є схваленими Світовим банком.

Запозичені матеріали – Світовий банк не обов'язково володіє кожним елементом змісту, що міститься в цій публікації. Тому Світовий банк не гарантує, що використання будь-яких запозичених матеріалів або їх частини, що містяться у цій публікації, не порушить права цих третіх сторін. Ризик, щодо виникнення претензій в результаті таких порушень, є виключно вашою відповідальністю. Якщо ви хочете повторно використати будь-який компонент цієї публікації, визначення необхідності отримання дозволу на це повторне використання та отримання дозволу від власника авторських прав є вашою відповідальністю. Приклади компонентів можуть включати, зокрема, таблиці, схеми або зображення.

Всі запити щодо прав та ліцензій мають надсилатися до Відділу інформації і публікацій, Світовий банк, 1818 H Street NW, Вашингтон, округ Колумбія 20433, США; факс: 202-522-2625; e-mail: pubrights@worldbank.org.

ISBN (паперова копія): 978-1-4648-0370-3

ISBN (електронна копія): 978-1-4648-0373-4

DOI: 10.1596/978-1-4648-0370-3

Фотографії обкладинки: shutterstock.com. Для повторного використання необхідно отримати дозвіл.
Розробка дизайну обкладинки: Дебора Нейлор, Naylor Design, Inc.

Передмова	11
Подяки	14
Вступ	15
Ціль	16
Контекст: цивільно-правові засоби захисту, як один із шляхів повернення активів	17
Сфера охоплення видання	21
Аудиторія	22
Огляд глав	23
1. Цивільне провадження про повернення активів: хто може позиватися та до кого можуть позиватися – держави у ролі позивачів та можливих відповідачів	27
А. Держави у ролі позивачів у справах про корупцію	28
Б. Відповідачі: до кого можуть позиватися?	37
2. Як найняти адвоката: кроки, міркування та способи оплати послуг	43
А. Визначення відповідного адвоката	43
Б. Організація оплати послуг	50
В. Судовий процес та фонди повернення активів	55
Г. Допомога міжнародних організацій	58
3. Вибір судового органу: куди подавати позов?	59
А. Де знаходяться активи, та де відповідачі мають контакти?	59
Б. Подальші міркування	66
4. Типи позовів	71
А. Речові позови – держава пред'являє вимогу щодо певного активу	72
Б. Особисті позови – позови проти особи	79
5. Заходи забезпечення цивільного позову та слідчі заходи: як вести розслідування та арештовувати активи	96
А. Слідчі заходи у цивільних справах щодо повернення активів	96
Б. Забезпечення майна: заходи забезпечення у цивільних процесах	104

6. Правові засоби міжнародного співробітництва: як отримати докази на підтримку позову	109
А. Міжнародні конвенції, що підтримують міжнародне співробітництво ..	109
Б. Регіональні засоби, що сприяють взаємній правовій допомозі.	114
В. Фактори, які треба брати до уваги при збиранні доказів в іноземних юрисдикціях	114
7. Шкода та відшкодування: на яку суму пред'являти позов? ..	118
А. Методи, що використовуються для кількісної оцінки компенсації, відшкодування або незаконних доходів.	119
Б. За межами сьогодення – нові теорії.	126
8. Виконання судових рішень та стягнення за судовими рішеннями	130
А. Визнання та виконання судових рішень по цивільних справах в міжнародному контексті	130
Б. Проблеми в процесі стягнень за судовими рішеннями по цивільній справі.	138
9. Використання провадження щодо неплатоспроможності, передачі спірного майна в управління або подібних процедур для відстеження, або повернення активів.	143
А. Ціль проваджень щодо неплатоспроможності або подібних проваджень	143
Б. Використання проваджень щодо неплатоспроможності у справах про повернення активів.	144
10. Висновки.	147
Додаток А. Словник термінів.	148
Додаток Б. Практичні приклади.	153
1. Справа пана Дієпрі Соломона Пітера Аламійешейха (Сполучене Королівство).	153
2. Уряд Замбії проти колишнього президента Замбії, Фредеріка Чілуби (Сполучене Королівство)	154
3. Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур)	156
4. Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство).	157
5. ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших (Сполучене Королівство)	158
6. Генеральний прокурор островів Теркс і Кайкос проти Star Platinum Island Ltd. та інших.	159

Додаток В. Таблиця згаданих судових справ..... 161

1. Основний текст 161
2. Судові справи про які згадується у примітках..... 165

Додаток Г. Ресурси 168

1. Інтернет-ресурси..... 168
2. Публікації та дослідження 170

ТЕКСТОВІ БЛОКИ

- Текстовий блок 1.1 Держави – це юридичні особи, що мають право подавати позов: справа Фердинанда Маркоса (Сполучені Штати) 31
- Текстовий блок 1.2 Бути стороною у справі в іноземній державі: Республіка Ірак проти АБВ АГ та інших (Сполучені Штати)..... 32
- Текстовий блок 1.3 Успішний цивільний процес Нігерії в судах Сполученого Королівства: судова справа Дієпрі Соломона Пітера Аламійєшейха (Об'єднане Королівство)..... 33
- Текстовий блок 1.4 Речовий позов Федеративної республіки Бразилія та муніципалітету Сан-Паулу: справа Малуфа в Джерсі (острів Джерсі)..... 34
- Текстовий блок 1.5 Установа у державній власності повертає кошти від хабара, що знаходиться у іноземному банку, через цивільний позов до іноземного суду: Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур) 35
- Текстовий блок 1.6 Держава як сторона цивільної справи: Тунісу був наданий статус *Partie Civile* в Швейцарії та інших країнах в кримінальних справах щодо вкрадених активів. 36
- Текстовий блок 1.7 Позови в рамках майнового права з метою надання компенсації потерпілим від корупції 37
- Текстовий блок 1.8 Приклад взаємовідносин керівник / агент: компанія Continental Management проти Сполучених Штатів (Сполучені Штати) 39
- Текстовий блок 1.9 Обов'язки юридичних компаній, що застосовуються до грошей, що вважаються прихованими: Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meerg Care & Desai та інших (Солучене Королівство)..... 40
- Текстовий блок 2.1 Якість успішного адвоката по справах з повернення активів 44
- Текстовий блок 2.2 Визначення відповідного адвоката 49
- Текстовий блок 2.3 Міркування щодо варіантів організації оплати послуг .. 53
- Текстовий блок 2.4 Огляд типів оплати послуг 54
- Текстовий блок 3.1 Судова справа щодо активів, розташованих в Сполученому Королівстві та відхилення доводів, що країна громадянства посадовця є більш відповідним місцем: Федеральна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство) 62
- Текстовий блок 3.2 Успішні цивільні позови в Сполученому Королівстві, де знаходилися та відмивалися кошти: судова справа Фредеріка Чілуби (Замбія)..... 63

Текстовий блок 3.3 Заочне рішення суду на користь позивача проти одного відповідача, та рішення суду на користь відповідача через брак персональної юрисдикції проти інших в судах Сполучених Штатів: Укрвакцина (українська юридична особа у державній власності) проти Olden Group, LLC та Interfarm, LLC	65
Текстовий блок 3.4 Виграш значної суми через мирову угоду в Сполучених Штатах: Alba проти компанії Alcoa (Сполучені Штати)	66
Текстовий блок 3.5 Суд застосовує менш сприятливе іноземне право: Fiona Trust проти Дмитра Скарги та інших (Сполучене Королівство).....	67
Текстовий блок 4.1 Держава повертає майно, куплене за рахунок державних коштів: Лівія проти Capitanas Seas Ltd. (Сполучене Королівство) ...	73
Текстовий блок 4.2 Держава повертає нерухомість та банківські рахунки: більше про Справу Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпре Аламійєшейха та інших (Сполучене Королівство)	74
Текстовий блок 4.3 Використання “довірчої власності за законом” для повернення хабарів, сплачених корумпованому посадовцю: Генеральний прокурор Гонконгу проти Reid (Спеціальний Адміністративний Район Гонконг, Китай).....	75
Текстовий блок 4.4 Успішний позов про визнання права власності з метою повернення хабарів: більше про Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур).....	76
Текстовий блок 4.5 Обговорення обґрунтування справи Гонконг проти Reid: Sinclair Investments проти Версаля.....	77
Текстовий блок 4.6 Вимога про повернення коштів в Квебеку: Сароглоу проти Канади.....	78
Текстовий блок 4.7 Визнання недійсним державного контракту на основі порушення міжнародних суспільних інтересів: World Duty Free Company Limited проти республіки Кенія (2006) (ICSID)	80
Текстовий блок 4.8 Успішний позов про визнання державного контракту недійсним: Генеральний прокурор островів Теркс і Кайкос проти Star Platinum Island Ltd. та інших	81
Текстовий блок 4.9 Повернення незаконно отриманого доходу за порушення умов контракту: Генеральний прокурор проти Блейка (Сполучене Королівство).....	84
Текстовий блок 4.10 Порушення умов контракту та повернення незаконно отриманих доходів за швейцарським законодавством	85
Текстовий блок 4.11 Незаконне привласнення, як цивільне правопорушення: інша судова справа Чілуби, судова справа Zamtrop.....	86
Текстовий блок 4.12 Деліктне втручання з економічною перевагою: Korea Supply Supply Co. проти Lockheed Martin Corp. (Сполучені Штати)	88
Текстовий блок 4.13 Більше про Аламійєшейха: Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших (Сполучене Королівство і Нігерія)	90
Текстовий блок 4.14 Держава, як сторона цивільної справи: Нігерії присудили відшкодування збитків, як Partie Civile у справі про кримінальне відмивання грошових коштів проти нігерійських посадовців (Франція).....	94

Текстовий блок 4.15 Ілюстрація деяких варіантів того, як держава може бути стороною судового процесу у судах по кримінальних і цивільних справах в іноземній юрисдикції	95
Текстовий блок 5.1 Накази щодо Norwich Pharmacal: компанія Norwich Pharmacal та інші проти представників у митних і акцизних справах (Сполучене Королівство)	97
Текстовий блок 5.2 Розслідування з метою збирання доказів для цивільного провадження: справа Anton Piller (Англія)	98
Текстовий блок 5.3 Судова справа Ао Ман Лонга (Особливий адміністративний район Макао, Особливий адміністративний район Гонконг, Китай)	100
Текстовий блок 5.4 Відповідач не може розкрити активи: ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших (Сполучене Королівство)	101
Текстовий блок 5.5 Приклад наказу про розкриття інформації третьою стороною: більше про справу Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпрі Аламійешейха та інших (Сполучене Королівство)	103
Текстовий блок 5.6 Наказ Марева та судовий наказ про заморожування активів по всьому світі.	106
Текстовий блок 6.1 Використання Гаазької конвенції для запиту банківської документації	113
Текстовий блок 6.2 Закони, що накладають заборону: приклад Франції	115
Текстовий блок 6.3 Закони про захист персональних даних в Європейському Союзі	116
Текстовий блок 6.4 Зобов'язання щодо розкриття інформації в Люксембурзі та Швейцарії.	117
Текстовий блок 7.1 Компенсація збитків за укладання договору на невідгідних умовах: Fyffes Group Ltd. проти Templeman (Сполучене Королівство)	120
Текстовий блок 7.2 Підрив репутації та моральна шкода, спричинені корупцією: судова справа місто Канни проти колишнього мера та хабародавців	121
Текстовий блок 7.3 Повернення повної суми договору, що був укладений за корупційних умов: S. T. Grand Inc. проти міста Нью-Йорк (Сполучені Штати)	122
Текстовий блок 7.4 Повернення сум, сплачених підряднику, за мінусом вартості наданих послуг: Cameroon Airlines проти Transnet Ltd.	123
Текстовий блок 7.5 Приклад методу чистого доходу	124
Текстовий блок 7.6 Штрафні санкції: графство Сант Бернардіно та інші проти Кеннета Волша та інших (Сполучені Штати)	127
Текстовий блок 7.7 Поняття соціальної шкоди для отримання повної компенсації: приклад Коста-Ріки	128
Текстовий блок 8.1 Впровадження судового наказу про заморожування активів по всьому світу, що виданий закордонним судом: рішення Швейцарського федерального верховного суду	135

Текстовий блок 8.2 Більше про судову справу Чілуби: Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care and Desai та інших (Сполучене Королівство)	137
Текстовий блок 8.3 Складнощі виконання в Нігерії рішення суду Сполученого Королівства про розгляд справи в Сполученому Королівстві: більше про справу Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство)	138
Текстовий блок 8.4 Інвестиційна організація Кувейту/Шейх Фахд Мохаммед Аль-Сабах (Сполучене Королівство)	139
Текстовий блок 8.5 Огляд виконавчого провадження в Сполучених Штатах, Сполученому Королівстві, Франції та Німеччині . . .	140
Текстовий блок 8.6 Держава укладає контракт із колекторською компанією: повчальна історія про те, як колекторська компанія вимагала значну суму оплати, працюючи на країну-позивача	142
Текстовий блок 9.1 Як розпорядник може сприяти поверненню активів: приклад Тунісу.	144
Текстовий блок 9.2 Використання ролі розпорядника для збереження активів: більше про ПАТ БТА Банк проти Аблязова (Сполучене Королівство)	146

МАЛЮНКИ

Малюнок 1.1 Корупція шкодить кожному	28
Малюнок 1.2 До кого може позиватися керівник у корупційних справах? . . .	38
Малюнок 2.1 Вибір адвоката – застереження	50
Малюнок 2.2 Вибір адвоката – «Зелене світло»	51
Малюнок 2.3 Комерційне фінансування судового провадження для держав у справах щодо повернення активів	57
Малюнок 3.1 Міркування про те, де подавати позов	62
Малюнок 4.1 Типи позовів без зв'язків та із зазначенням спричиненої шкоди.	71
Малюнок 6.1 Як отримати докази за кордоном у цивільних чи комерційних справах	112

ТАБЛИЦІ

Таблиця 1.1 Типи відповідачів та приклади прецедентного права	42
Таблиця 5.1 Типи постанов про заходи забезпечення	104

Передмова

Протягом останнього десятиріччя та зокрема з моменту набуття чинності Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, корупція та повернення вкрадених активів поступово займають все більш важливе місце в порядку денному міжнародної політики. Ця книга вивчає те, як держави можуть використовувати цивільні судові справи з метою повернення вкраденого майна та те, як цивільно-правові засоби судового захисту можуть ефективно підтримувати кримінальні та адміністративні заходи.

Існує чотири основних шляхи, якими держави можуть вимагати повернення активів: кримінальне переслідування та конфіскація; конфіскація поза кримінальним провадженням (NCB); адміністративна конфіскація та цивільні судові позови, що засновані на цивільно-правових засобах судового захисту.

Кримінальне переслідування та конфіскація. Повернення активів шляхом засудження в кримінальному порядку і конфіскації діє як стримуючий засіб щодо майбутньої кримінальної поведінки та надає широкий спектр процедурних заходів примусового характеру у розпорядження правоохоронних органів для здійснення їх розслідування. З іншої сторони, кримінальне переслідування також має деякі обмеження. До них відносяться, серед іншого, високі критерії доведеності для засудження в кримінальному порядку і, часто, дуже повільні процеси взаємної правової допомоги в контексті розслідувань, що ведуться в декількох юрисдикціях. Більш того, кримінальне переслідування може бути неефективним у випадку смерті відповідача або у випадку його втечі із даної юрисдикції, або наявності у нього імунитетів.

На даний час, сума коштів, повернутих в контексті кримінальних справ, є все ще відносно невеликою, якщо порівнювати із розмірами крадіжок. Щоб компенсувати ці проблеми, юрисдикції розробили інші варіанти, включно із конфіскацією поза кримінальним провадженням та адміністративною конфіскацією.

Конфіскація поза кримінальним провадженням вимагає доказу того, що майно, отримане в результаті злочинної діяльності, є засобом здійснення злочину. Однак, критерій доведеності для конфіскації поза кримінальним провадженням часто буде знаходитися в межах «порівняння вірогідності», це означає, що держава може отримати право на цивільну конфіскацію навіть за відсутності достатніх доказів на підтримку кримінального звинувачення.

Адміністративна конфіскація без судового рішення також може бути використана у деяких юрисдикціях для заморожування та конфіскації активів за допомогою постанови виконавчої влади або парламенту.

Конфіскація поза кримінальним провадженням (NCB) та адміністративна конфіскація не є доступними, дієвими або визнаними у всіх юрисдикціях, що створює певні проблеми стосовно повернення міжнародних активів. Інші інноваційні методи повернення вкрадених активів, разом із нововведеннями у державній політиці, можуть допомогти змінити ситуацію. Цивільний позов є одним з них.

Цивільні позови. Влада, що прагне повернути вкрадені активи, має можливість ініціювати судовий процес у місцевих або іноземних судах по цивільних справах з метою захисту або повернення активів. Вони можуть вимагати відшкодування збитків на підставі делікту, порушення контракту, незаконного збагачення або порушення інших правових норм. Такі судові розгляди є цивільними справами між двома приватними особами в судах загальної юрисдикції, за якими позивач, який стверджує, що він зазнав збитків в результаті дій відповідача, вимагає застосування засобів правового або справедливого судового захисту. Хоча існують плюси і мінуси у цивільно-правових засобах захисту, в цілому, їх, безумовно, варто розглянути.

По-перше, у цивільному судовому процесі, критерії доведеності нижче, ніж в кримінальному судовому процесі. Наприклад, країни загального права часто дозволяють позивачам надавати докази у цивільних справах на основі критерію «порівняння вірогідності», тобто факт є швидше імовірним, ніж неймовірним.

По-друге, можливість подання позову щодо шкоди загального характеру у цивільних позовах вирішує деякі проблеми із доказами, коли зв'язок між активами та неналежною поведінкою є слабким за стандартами кримінального процесу. У разі неможливості встановлення прямого зв'язку між фактом корупції та певним майном, цивільний позов все ще має шанси на успіх.

По третє, у деяких юрисдикціях, кримінальна відповідальність може не поширюватися на корпорації та інші юридичні особи, і лише фізичні особи можуть підлягати кримінальному переслідуванню. У даному контексті, цивільно-правові засоби захисту та цивільні позови вбачаються впливовим інструментом для урядів у їх намаганні зменшити наслідки корупції.

Останнє, цивільні позови та цивільно-правові засоби захисту можуть розширити коло потенційних відповідачів та зобов'язань, що означає, що можна судитися із «більш глибокими кишеннями» та більшою їх кількістю. Постраждала сторона може подавати цивільний позов про відшкодування шкоди третіми сторонами. Ці треті сторони можуть включати будь-кого, хто свідомо допомагав основній дієвій особі, наприклад членів сім'ї та партнерів, юристів, банки та банкірів. Важливо, в контексті цивільного позову, на посадових осіб або коли-

шніх посадових осіб та їх активи може не розповсюджуватися той самий імунітет, який розповсюджується в рамках кримінального переслідування.¹

У дослідженні представлено різноманітні теми та кроки, які можуть розглядатися державами при плануванні цивільних позовів у іноземних судах. З цією метою тут описуються різні стратегічні, тактичні та технічні питання щодо подання позовів та обговорюються відповіді на дуже практичні питання:

- Хто може позиватися та до кого можуть позиватися?
- Як та де можна подати позов?
- Як обирати юристів та як оплачувати їх послуги?
- Які типи позовів та правових заходів є у наявності?
- Як зібрати докази та захистити активи?
- Як використовувати міжнародні інструменти?
- Які оцінити суми, що мають бути повернуті?
- Як здійснити виконання та стягнення за судовим рішенням у іншій країні?
- Як процеси щодо неплатоспроможності та передачі спірного майна в управління можуть бути використані з метою відстеження та повернення активів?

Ми сподіваємося, що ця книга, розроблена як практичний посібник, надасть корисну та легку у пошуку довідкову інформацію для високопосадовців та фахівців-практиків, які розглядають можливість подання цивільних позовів по справах про повернення активів. Ми з нетерпінням очікуємо продовження надання технічної підтримки та підтримки у розбудові спроможності в країнах, які зацікавлені у ініціативі повернення вкрадених активів (StAR initiative).

¹ Дивіться, наприклад, дослідження StAR Перешкоди у поверненні активів (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011), 71-74.

Це дослідження є результатом спільної діяльності наших колег по всьому світу. Їх час та знання були безцінними у розробці практичного інструменту на допомогу фахівцям-практикам у застосуванні цивільних позовів та цивільно-правових засобів захисту для повернення майна та активів, що стали предметами корупційних дій.

Ця публікація була підготовлена Жан-П'єром Бруном (Світовий банк та StAR, Керівник команди), Паскалем Елен Дюбуа (Головний консультант з питань призупинення та припинення діяльності, Світовий банк), Емілем ван дер Доес де Віллебуа (Світовий банк та StAR), Жаном Ош (Світовий банк та StAR), Анастасією Сотирополу (юрист, інструктор з питань кримінології, American College of Greece), Сарою Жаїс (консультант, Світовий банк та StAR), Янісом Меккі (Світовий банк та StAR), Кетрін Розе Сільвестер (консультант, Офіс припинення та призупинення діяльності, Світовий банк) та Махеш Утамшандані (провідний спеціаліст з питань розвитку приватного сектору, Світовий банк). Ангана Р. Шах (консультант, Світовий банк) брав участь у роботі на главою 9.

Автори висловлюють особливу вдячність Жану Пезме (Керівник підрозділу цілісності фінансових ринків та координатор StAR) за постійну підтримку та наставництво в реалізації цього проекту.

Команда скористалася багатьма змістовними коментарями в процесі рецензування колегами, яке було проведене Жаном Пезме (Керівник підрозділу цілісності фінансових ринків та координатор StAR).

Рецензентами були Ліза Боствік (Світовий банк, FPDFI та StAR), Френк Фарієлло (Світовий банк, Віце-президент з юридичних питань), Ів Кляйн (Швейцарія, Monfrini Crettol & Partners), Ерік Ларсон (Державний департамент США), Олаф Мейер (Німеччина, Бременський університет), Боні де Мораес Соарес (Бразилія, Державний прокурор), та Сьюзан Розе-Акерман (Сполучені Штати, Йельська школа права).

В процес підготовки та проведення консультацій були залучені фахівці-практики, які поділилися досвідом подання цивільних позовів та процесів міжнародного співробітництва як в юрисдикціях цивільного, так і загального права. Залученими фахівцями були Едвард Девіс (Astigarraga Davis), Стефані Боніфаці (Lebray & Associés) та Ів Кляйн (Швейцарія, Monfrini Crettol & Partners).

«Хабарництво – це безчесна діяльність, яка загрожує основам будь-якого цивілізованого суспільства».

*Лорд-суддя Лонгмор, Темплман,
у справі Генеральний прокурор Гонконгу проти Рейд²*

Корупція – це зловживання владою з метою отримання особистої вигоди. У випадку вчинення державними службовцями, ці зловживання є суспільними правопорушеннями, у визначенні Вільяма Блекстоуна, а саме «порушення закону або службових обов'язків, що належать громаді, вважаються такими, що належать громаді, в її соціальній сукупній ролі».³ Корупція та крадіжки державного майна шкодять невизначеній кількості жертв, послаблюють довіру до державних установ, шкодять приватному інвестиційному клімату та загрожують суспільству в цілому. На додаток, у країнах, що розвиваються, із незначною кількістю державних ресурсів, вартість корупції – це перешкода у розвитку: країни, що розвиваються, втрачають щорічно від 20 до 40 мільярдів доларів США через хабарництво, незаконне привласнення коштів та інші корупційні дії.⁴ Кожен із цих злочинів включає шкоду: корупція ні в якому разі не є «злочинном без потерпілих». Отже, незаконне використання державних ресурсів – публічне правопорушення – також може призводити до конкретної та персональної шкоди інтересам державних та урядових юридичних та фізичних осіб. Ця книга має за мету дослідити права державних та урядових осіб, які зазнали шкоди від корупції, щодо порушення судових справ, а потім пояснює як вони можуть діяти, як приватні позивачі, та подавати цивільні позови з метою повернення активів, що втрачені в результаті корупційних дій.

Протягом останнього десятиріччя корупція та повернення вкрадених активів поступово займають все більш важливе місце в порядку денному міжнародної політики, з моменту набуття чинності Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC) в 2005 році, через Арабську весну в 2011 році та нещодавню низку скандалів у фінансовому секторі. Корупція відволікає ресурси від розвитку та зменшує потенціал економічного зростання. Велика 20 та багато регіональних та громадських організацій пропонували ідеї щодо найкращих шляхів боротьби із корупцією – від підтримки превентивних заходів до розвитку міжнародної співпраці та ініціювання більш наполегливого кримінального переслідування.

² Генеральний прокурор Гонконгу проти Рейд [1994] 1 Ас 324 at 330-1.

³ Вільям Блекстоун, Коментарі до законів Англії, bk. 4, ch. 1, Про природу злочинів; та належне покарання, Oxford University Press, 1765–69.

⁴ Повернення вкрадених активів, Ініціатива StAR: Проблеми, можливості та план дій (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2007)

В ході прийняття рішення державами щодо найкращого курсу дій у боротьбі із корупцією та поверненні активів, частіше обговорюють заходи кримінального розслідування та переслідування, ніж цивільні позови. Насправді, коли стикаєшся із зловживанням владою, першою реакцією є застосування заходів впливу примусового характеру до того, хто зловживає владою, як правило, вони спрямовані на тюремне ув'язнення у комбінації із конфіскацією доходів, отриманих корупціонером. Ці дії можуть не досягти цілі.

Більш того, заходи кримінального переслідування не можуть охопити важливий компонент впливу корупції. Безумовно, правопорушник має нести кримінальну та особисту відповідальність за шкоду, яку він завдав суспільству в цілому. Проте, корупція спричиняє також відчутну шкоду певним категоріям осіб. Без сумніву, ці особи, чи то юридичні, чи фізичні, а також уряди, мають право на повернення втраченого майна та / або отримання компенсації за спричинену ним шкоду. Забезпечуючи постраждалим прямий та ефективний шлях отримання компенсації за понесену шкоду, цивільні позови можуть також стати корисними у запобіганні майбутнім корупційним діям, позбавляючи корупціонерів їх незаконно отриманих вигод, і, таким чином, перешкоджаючи цілі, що лежить в основі більшості кримінальних злочинів. Щоб досягти цілей повернення та компенсації, приватні або «цивільні» справи часто є необхідним і корисним доповненням кримінального переслідування. Більш того, такі цивільні справи можуть продовжуватися, коли кримінальна справа зайшла в глухий кут. Це дослідження сконцентроване на тому, як жертви корупції можуть використовувати дані цивільно-правові засоби правового захисту в якості приватних позивачів з метою повернення активів.

Ціль

Ціль даної роботи полягає у просуванні розуміння та знань стосовно цивільно-правових засобів захисту та цивільних позовів, спрямованих на повернення вкрадених активів в контексті правопорушень UNCAC, а також у сприянні збільшенню використання цих засобів. UNCAC, світовий стандарт у боротьбі із корупцією, не містить правового визначення «корупції» як такої, але перелічує ряд правопорушень, включно із хабарництвом в державному і приватному секторах та розтратою коштів державного і приватного секторів. Ця книга в основному сконцентрована на даних видах корупції, зокрема хабарництві, розтраті коштів та інших правопорушеннях в рамках UNCAC.

Це дослідження жодним чином не має на меті зменшити важливість кримінального переслідування та конфіскації по відношенню до корупційних злочинів. Радше, воно демонструє, що цивільно-правові засоби захисту можуть ефективно доповнювати кримінальне покарання через руйнування економічної основи корупційної діяльності як у державному, так і в приватному секторах. До речі, зважаючи на важливість проблем, всі шляхи повернення активів – чи то кримінальні, чи цивільні – мають розглядатися одночасно, з метою все-

бічної боротьби із корупцією та досягнення цілей стримування та виконання судових рішень. В той час, як кримінальне законодавство висловлює несхвалення суспільством корупційних дій та націлене на стримування, покарання та конфіскацію незаконно отриманого майна, цивільне законодавство сконцентроване на інтересах постраждалих та націлене на компенсацію та повернення. Дані процедури іноді відбуваються паралельно, іноді послідовно. Таким чином, ефективна реакція на корупцію зазвичай вимагатиме супутнього використання як кримінальних, так і цивільно-правових засобів захисту для досягнення бажаного результату.⁵

Контекст: цивільно-правові засоби захисту, як один із шляхів повернення активів

Щоб визначити місце цивільно-правових засобів захисту, ми можемо сказати, що це один із чотирьох шляхів, якими держави можуть вимагати повернення активів, як описано нижче. Перший, шлях кримінально-правових засобів, відомий усім. Книга також визначає два інших шляхи – конфіскація поза кримінальним провадженням та адміністративна конфіскація.

Кримінальне переслідування та конфіскація. Перше, країна громадянства посадової особи або агента, що підозрюється у корупції, або країна, у якій виявлене майно, отримане в результаті корупційних дій, може вимагати повернення вкрадених активів шляхом ініціювання кримінальної справи. Діючи шляхом кримінального переслідування, держава повинна отримати визнання підсудного винним, і тоді вона може вимагати конфіскації вкраденого майна чи у власній країні, чи за кордоном. Насправді, рішення про конфіскацію за кримінальним провадженням може бути отримане лише після обвинувального вироку.

В юрисдикціях загального права критерій доведеності в кримінальних справах – це критерій «при відсутності обґрунтованого сумніву», а в юрисдикціях цивільного права – це критерій «особисте звинувачення». Як тільки дотримані стандарти та винесений обвинувальний вирок, обвинувачення має продемонструвати, що активи отримані в результаті кримінальних дій, в яких звинувачується відповідач. Правові критерії доказу того, що майно отримане злочинним шляхом, можуть бути нижчими за критерій «при відсутності обґрунтованого сумніву». Цей критерій може бути критерієм «порівняння вірогідності», який припускає, що активи, які є предметом спору, більш вірогідно отримані в результаті кримінальної діяльності, аніж ні.

Якщо ці активи знаходяться в іншій країні, влада країни обвинувачення повинна подати запит про взаємну правову допомогу до країни, де знаходяться активи. Вона може попросити іншу країну або (а) визнати постанову про кон-

⁵ Джеймс Матон і Тім Деніел, «Повернення майна, отриманого в результаті корупційної діяльності посадових осіб: практичний приклад», ERA Forum 10 (2009): 453, 463.

фіскацію напряду або виконати постанову; або (б) розпочати власний судовий розгляд з метою визначення незаконного отримання майна та, дотримуючись судового порядку цієї країни, репатріювати активи назад до країни, що ініціювала початкове кримінальне провадження.

Повернення активів шляхом засудження в кримінальному порядку та конфіскації надає ряд переваг. Кримінальні покарання (фінансові санкції чи тюремне ув'язнення) діють, як заходи стримування кримінальних дій у майбутньому. На додаток, використання кримінально-правових засобів захисту надає широкий спектр процедурних заходів примусового характеру у розпорядження правоохоронних органів для здійснення розслідування. Але кримінальні судові розгляди також мають певні обмеження. Вони включають, серед іншого, високі критерії доведеності для отримання обвинувального вироку у кримінальній справі та вартість, з точки зору затрат ресурсів та часу, розслідувань, що ведуться в декількох юрисдикціях. Більш того, кримінальне переслідування може бути неефективним у випадку смерті відповідача або у випадку його втечі із даної юрисдикції, або наявності у нього імунітетів.

Конфіскація поза кримінальним провадженням. Друге, у деяких юрисдикціях, держава може отримати постанову про конфіскацію без обвинувального вироку, також відому як «конфіскація поза кримінальним провадженням» або «цивільна конфіскація», або «повернення у цивільному порядку». На додаток до основних відмінностей між кримінальною та цивільною конфіскацією, а саме кримінальна конфіскація вимагає кримінального судового провадження та обвинувального вироку, тоді як цивільна конфіскація не вимагає цього, ряд процесуальних відмінностей також очевидні. В той час, як кримінальна конфіскація здійснюється стосовно *особи*, цивільна конфіскація здійснюється стосовно *майна*, що означає, що дія спрямована проти активів як таких. Цивільна конфіскація – це засіб, незалежний від будь-якої кримінальної судової справи, та вимагає доказів того, що майно отримано в результаті злочинної діяльності або є засобом здійснення злочину. Критерій доведеності для такої конфіскації – це, як правило, критерій «порівняння вірогідності», тобто менш вибагливий критерій, ніж кримінальний критерій. Це означає, що держава може отримати цивільну конфіскацію у разі недостатності доказів на підтримку кримінального обвинувачення. Конфіскації поза кримінальним провадженням не є доступними у всіх юрисдикціях. Коли вони існують, вони вважаються цивільним позовом держави, у ролі суверенного суб'єкту права та, в результаті, подаються до цивільних судів та розглядаються в рамках цивільного провадження.⁶

Адміністративна конфіскація. Третє, держави можуть використовувати різні засоби адміністративного захисту, включно із адміністративною конфіскацією без акту судової влади, заморожувати активи через постанови виконавчої

⁶ Більш детальний аналіз конфіскації поза кримінальним провадженням, у роботі Теодора С. Гінберга, Лінди М. Самуель, Вінгейта Гранта, та Ларисси Грей Посібник з кращого досвіду конфіскації активів поза кримінальним провадженням (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2009).

або законодавчої влади, або адміністративне стягнення в судовому порядку, за яким слідує постанова про конфіскацію. На відміну від кримінальної конфіскації та конфіскації поза кримінальним провадженням, у багатьох правових системах адміністративна конфіскація не включає кримінальне обвинувачення, судовий розгляд, або навіть судові рішення, але забезпечує не судовий механізм конфіскації активів. Це може відбуватися у відповідності до юридичної сили закону або у відповідності до процедур, що визначені в підзаконних актах. Вона часто використовується при врегулюванні випадків беззаперечної конфіскації. У деяких правових системах адміністративне право використовується як основний механізм забезпечення дотримання положень щодо протидії хабарництва та можуть призводити до значних грошових штрафів.⁷

Цивільні позови. Останнє, влада, що прагне повернути вкрадені активи, має можливість ініціювати судовий процес у місцевих або іноземних судах по цивільних справах з метою захисту або повернення активів. Вони можуть вимагати відшкодування збитків на підставі делікту, порушення контракту, незаконного збагачення або інших правових норм. Позов є цивільною справою між двома приватними особами в судах загальної юрисдикції, за яким позивач, який стверджує, що він зазнав збитків в результаті дій відповідача, вимагає застосування засобів правового або справедливого судового захисту. Суди іноземної юрисдикції можуть бути компетентними у будь-якій із наступних ситуацій: якщо відповідач є особою (юридичною або фізичною), що проживає або зареєстрована в цій юрисдикції (персональна юрисдикція); якщо активи знаходяться в межах або були переміщені до цієї юрисдикції (предметна юрисдикція); або якщо корупційні дії або відмивання грошей були здійснені в межах цієї юрисдикції.

Цивільно-правові засоби захисту мають свої плюси і мінуси, але загалом вони варті того, щоб їх брати до уваги. Основними недоліками судового провадження в іноземному суді є труднощі відстеження активів: відсутність слідчих інструментів, які забезпечуються кримінальними процедурами, та висока вартість судового провадження. Однак, сторона в процесі може мати більший контроль у порушенні цивільного провадження та відстеженні активів в руках тре-

⁷ Німеччина є прикладом юрисдикції, що має успішний досвід звернення до «адміністративного права» з метою забезпечення дотримання законів про протидію корупції та конфіскації активів. У справі Siemens Telecom та інших справах цього сектору (рішення Мюнхенського окружного суду Німеччини I [Landgericht], від 4 жовтня 2007 року; рішення прокуратури Мюнхена I в судовій справі стосовно адміністративного правопорушення, 15 грудня 2008 року), наприклад, адміністративні штрафи були накладені на Siemens в Німеччині за сплату хабара в ряді країн, з метою отримання контрактів. Так само, нове законодавство в Швейцарії та Тунісі дає можливість здійснювати значні конфіскації через адміністративні заходи; зверніть увагу на Федеральний закон Швейцарії Про повернення майна політично вагомим осіб, отриманого незаконними шляхами (RIAA), який визначає механізм адміністративної конфіскації, і туніську Постанову-закон номер 2011-13 від 14 березня 2011 року (французькою, the Decret-loi No 2011-13 mars 2011 portant confiscation d'avoirs et de biens meubles et immeubles). Туніська постанова дозволила конфіскувати активів на мільярди доларів протягом декількох тижнів після закінчення режиму Бен-Алі. Постанову можна знайти на веб-сторінці <http://karari.org/fr/node/9641> (неофіційний переклад постанови на англійську).

твої сторони. На додаток, цивільні позови та цивільно-правові засоби захисту надають ряд переваг, які відсутні при застосуванні інших засобів. Деякі основні переваги цивільних позовів включають менші вимоги щодо пов'язаності активів із вчиненим правопорушенням, можливість вимагати відшкодування загальної шкоди, радше ніж вимагати повернення певних активів, та більш широкий вибір сторін, до яких можна позиватися.

Перше: цивільні позови часто дуже корисні у вирішенні питань, пов'язаних із фінансовими наслідками корупції у випадках, коли було здійснено ряд корупційних дій протягом тривалого періоду часу. Навіть якщо деякі або всі корупційні дії були доведені під час кримінального провадження, буде майже неможливо відслідкувати всі активи, отримані в результаті корупційних дій, тому що «документальні свідоцтва» є неповними. Якщо не можна встановити прямий зв'язок між конкретним злочином та майном, у багатьох юрисдикціях буде більш складно застосовувати подальше кримінальне переслідування та конфіскацію. У деяких юрисдикціях може стати неможливим дотримання найвищих процесуальних гарантій та критеріїв доведеності, які застосовуються до кримінального провадження. На відміну від цього, у цивільному провадженні критерії доведеності зазвичай нижчі. Наприклад, країни загального права часто дозволяють позивачам надавати докази у цивільних справах на основі критерію «порівняння вірогідності», тобто факт є швидше вірогідним, ніж невірогідним. Держава може бути спроможною дотриматися цього більш низького критерію доведеності.

Друге: можливість подання позову щодо шкоди загального характеру у цивільних позовах вирішує деякі проблеми із доказами, коли зв'язок між активами та неналежною поведінкою є слабким. У разі неможливості встановлення прямого зв'язку між фактом корупції та певним майном, цивільний позов все ще має шанси на успіх. Більша частина доходів, отриманих в результаті корупційних дій, витрачається далеко за межами країни, де вони були вкрадені. Набувачі можуть відмивати кошти через багато транзакцій, врешті купуючи нерухомість, інвестуючи в бізнес, або купуючи предмети розкоші. В юрисдикціях, в яких можуть конфіскуватися лише активи, що напряму пов'язані із злочином, предмети, куплені за рахунок крадених коштів, не можуть бути конфісковані в кримінальному порядку. Проблема буде більш гострою в юрисдикціях, які визнають лише конфіскацію майна (дія спрямована на повернення певного майна), та менш гострою там, де дозволена вартісна конфіскація (правова дія, спрямована на повернення вартості вигод, отриманих в результаті злочинних дій, та накладення грошового штрафу у розмірі, що дорівнює вартості цих вигод). У будь-якому випадку, цивільне провадження може надати засоби вирішення цієї проблеми шляхом подання загального позову на відшкодування збитків.

Третє, у деяких юрисдикціях, кримінальна відповідальність може не поширюватися на корпорації та інші юридичні особи, і лише фізичні особи можуть підлягати кримінальному переслідуванню. У даному контексті, цивільно-правові засоби захисту та цивільні позови виявляються впливовим інструментом для урядів у їх намаганні повернути майно, вкрадене в результаті корупційних дій.

Останнє: цивільні позови та цивільно-правові засоби захисту можуть розширити коло потенційних відповідачів та зобов'язань, що означає, що можна судитися із «більш глибокими кишнями» та більшою їх кількістю. Потерпіла сторона може подавати цивільний позов про відшкодування шкоди третіми сторонами із значними фінансовими активами, чиї прибутки від кримінальної діяльності, які підлягають конфіскації, можуть бути незначними, або чия кримінальна відповідальність не може бути доведена за критерієм відсутності обґрунтованого сумніву, але може бути доведена за меншим критерієм. Ці треті сторони можуть включати будь-кого, хто свідомо допомагав основній дієвій особі, наприклад членів сім'ї та партнерів, юристів, банки та банкірів. Якщо третя сторона діяла у змові із іншими правопорушниками, вона може бути притягнута до відповідальності за більшу шкоду, спричинену іншими.⁸ Важливо відмітити, що в рамках цивільного провадження посадові особи або колишні посадові особи та їх активи можуть не мати такого ж самого імунітету, як в рамках кримінального переслідування.⁹

Сфера охоплення видання

Дана публікація зосереджується на державах та урядах як на сторонах – приватних особах, які користуються правом приватної особи на подання позову з метою вимоги відшкодування шкоди, завданої їх фінансовим інтересам.

Держави та відповідні урядові установи мають право діяти як приватні позивачі (як будь-який інший позивач) для подання позову з метою повернення активів, втрачених в результаті корупції. Держави можуть подавати цивільні позови з метою отримання компенсації за шкоду, спричинену корупцією, відшкодування збитків за порушення контрактів, та, у деяких випадках, повернення незаконних доходів та незаконного збагачення.

Тема цього дослідження відрізняється від ситуації, в якій держава використовує суди по цивільних справах, як засіб сприяння дотримання власного законодавства. Наприклад, такі агенції, як Комісія по цінних паперах та біржах США, може покладатися на цивільні позови у вирішенні питань правозастосування стосовно випадків хабарництва за кордоном. Однак, Закон США Про корупцію за кордоном (FCPA) не передбачає права приватної особи подавати позов з вимогою повернення незаконно отриманих доходів. Хоча ці державні агенції застосовують цивільно-правові засоби захисту, вони діють як суверенні контролюючі органи.

⁸ Ця теорія також відома як «солідарна» відповідальність, або французькою «responsabilité solidaire», що означає, що можна подати позов проти будь-кого із правопорушників за всю спричинену шкоду, навіть якщо ця особа завдала лише незначну шкоду.

⁹ Розгляньте, наприклад, роботу Кевіна М. Стівенсона, Ларисси Грей, Ріка Пауера, Жана-П'єра Бруна, Габрієля Данкера, та Меліси Панджер, *Перешкоди у поверненні активів: Аналіз основних перешкод та рекомендації щодо можливих дій по їх усуненню* (Вашингтон, округ Колумбія Світовий банк, 2011), 71-74.

Так само, тема дослідження відмінна від конфіскації поза кримінальним провадженням (NCB), хоча це цивільно-правовий засіб захисту по природі, але все ж таки має певний кримінальний відтінок. Конфіскація, поза кримінальним провадженням, є цивільно-правовим засобом захисту у тому розумінні, що вона не вимагає кримінального обвинувачення, розглядається в суді по цивільних справах та у відповідності до процедур цивільного провадження. Однак, вона стосується доходів від злочинної діяльності, тобто активів, отриманих в результаті кримінальних або незаконних дій. Судовий позов може подаватися лише уповноваженими контролюючими органами, такими як прокуратура або спеціалізовані агенції (комісії по боротьбі із корупцією або з повернення активів). На додаток, докази забезпечуються поліцейськими розслідуваннями та мають бути встановлені факти злочинних дій, щоб продемонструвати, що майно незаконно привласнене. В результаті, держави зазвичай здійснюють конфіскацію поза кримінальним провадженням в ролі суверенного суб'єкта права, а не в ролі простого приватного позивача.

Цивільно-правові засоби захисту, що використовуються у заходах примусового характеру, не є темою цього дослідження. Більше інформації про процедури повернення в рамках NCB або FCPA читач може отримати, звернувшись до інших публікацій StAR, в яких наведений детальний аналіз цих процедур.¹⁰ Однак, деякі політики та практики, що стосуються цих правових інструментів, будуть згадуватися там, де вони можуть допомогти роз'яснити конкретні методи, які також є відповідними або застосовними до цивільно-правових засобів захисту.

Аудиторія

Метою цієї публікації є надання керівництва фахівцям-практикам та високопосадовцям у всьому світі щодо боротьби із корупцією шляхом застосування цивільно-правових засобів захисту та цивільних позовів з метою повернення вкрадених активів, в рамках злочинів, визначених UNCAC, та їх аналогів у цивільному законодавстві певних країн. Визначаючи проблеми, найкращий досвід та практичні приклади, дослідження прагне продемонструвати, що цивільно-правові засоби захисту та цивільні позови є надійним та ефективним інструментом для країн, щоб повернути вкрадені активи. Цивільно-правові засоби захисту є особливо ефективними, коли застосування методів кримінального законодавства є або недоступним, або вірогідність успіху низька.

¹⁰ Більш детальний аналіз наведений у роботі Теодора С. Гінберга, Лінди М. Самуель, Вінгейта Гранта, та Ларисси Грей Посібник з кращого досвіду конфіскації активів поза кримінальним провадженням (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2009 рік); та у спільному аналізі ОЕСР-StAR, Визначення та підрахунок доходів від хабарництва, 2011 рік, який ви можете знайти на інтернет сторінці Ініціативи з повернення вкрадених активів (StAR).

Огляд глав

Глава 1 зосереджується на тому, хто може подавати позов та до кого можна позиватися – відповідні позивачі та відповідачі у цивільному процесі повернення активів

Держава, що потерпіла, має право подавати позов в інших країнах. Міжнародне законодавство є сприятливим для цього, так як право держав подавати цивільний позов в судах іншої держави визнається UNCAC.¹¹ Кожен із 171 підписанта цієї угоди зобов'язаний забезпечити це право іншим державам.¹² Як альтернативу поданню позову у іншій країні, держави можуть розглянути можливість подання цивільного позову у власні суди та вимагати виконання їх рішень у юрисдикціях, де знаходяться активи. У будь-якому випадку, визначення того, хто може бути позивачем та відповідачем у таких справах, є дуже важливим. Як правило, позови можуть подаватися проти самого корупціонера, а також проти тих, хто допомагав йому у здійсненні крадіжок, приховуванні вкраденого або у відмиванні доходів, отриманих в результаті корупційних дій, та, можливо, також проти посередників.

Глава 2 розглядає відповідні критерії та конкретні кроки у пошуку та залученні юристів

Як тільки визначені потенційні відповідачі та активи, наступним кроком для позивача буде оцінка необхідності ініціювання справи, та як і де подавати позов, включно із вибором юристів. Процеси наймання радника з юридичних питань та вибору судового органу відбуваються одночасно. Залежно від конкретних обставин справи, вибір юридичної фірми може передувати або слідувати за розглядом того, де подавати позов. Таким чином, порядок цих глав може бути легко змінений. Судове провадження – це область права, у якій місцеві знання та досвід у судах, до яких подається позов, є дуже важливими. При цьому, ідеальний юрист також має досвід у міжнародних справах про повернення активів. Зважаючи на труднощі у міжнародному поверненні активів, одного юриста у одній юрисдикції навряд чи буде достатньо для ефективної роботи по справі. Державам буде необхідна правова стратегія, розрахована на декілька юрисдикцій, із різними адвокатами, що працюють як одна єдина команда. В цій главі також обговорюються важливі питання стосовно того, скільки та як платити адвокатам – зокрема про «варіанти оплати послуг». Прогнозована загальна сума судових витрат має бути зважена по відношенню до сум, які можуть бути повер-

¹¹ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції, в Статті 53 Параграф (а) визначає право іноземної держави подавати цивільний позов. Параграф (с) вимагає від держав дозволяти іншим державам «подавати цивільні позови до [своїх] судів про встановлення правової підстави або права власності на майно, отримане в результаті вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією Конвенцією».

¹² Інші особи, яким заподіяли шкоду, можуть також мати право подавати позов; дивіться Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції, в Статті 35.

нуті, якщо держава виграє справи за своїми позовами. Часто існують інші міркування при оцінці можливості подавати або не подавати позов, такі як принцип, що ніхто не повинен отримувати прибуток від власних правопорушень.

Глава 3 розглядає питання про те, де подавати позов

Розглядаючи питання щодо того, де подавати позов, держави повинні приймати до уваги місце розташування активів та відповідача, типи правових позовів та засобів правового захисту в конкретних юрисдикціях, і те наскільки складно чи просто буде «здійснити виконання» судового рішення, якщо держава виграє справи по своїх позовах. Наприклад, якщо можна легко отримати судові рішення в країні А, але активи знаходяться в країні Б, і суди країни Б навряд чи виконуватимуть судові рішення, отримане в країні А, держава може розглянути можливість подання позову в країні Б. Інший критерій – це те, чи є вже десь незавершена кримінальна справа, та які існують доступні цивільно-правові засоби захисту в юрисдикції, де розглядається кримінальна справа. Після вибору радника та місця розгляду справи держава має визначити (за допомогою консультацій із обраними юристами) типи правових позовів, які є доступними для розгляду корупційних дій.

Глава 4 обговорює, який позов подавати – різні типи цивільно-правових позовів

Незважаючи на те, що конкретні доступні юридичні норми будуть відрізнятися в різних країнах, певні типи позовів повинні братися до уваги. Дві основні категорії – це «речові» та «особисті» позови. Перші засновані на правовій нормі, що корумпована особа привласнила конкретне майно, яке до цього належало державі або належить державі на правах власності, тобто держава просто вимагає повернення свого власного майна. Ці позови називаються «речовими» позовами та спрямовані на конкретні активи. Друга група позовів, які називаються «особисті» позови, загалом включає дії проти корумпованої особи або третіх сторін, за завдану грошову шкоду, радше ніж дії спрямовані на повернення конкретних активів. Наприклад, особисті позови можуть включати позов про порушення умов контракту, про компенсацію за збитки або про повернення незаконного збагачення. У деяких країнах цивільного права повернення або відшкодування шкоди може вимагатися як в рамках кримінального переслідування цивільною стороною (французькою *partie civile*), так і в окремих цивільних провадженнях.

Глава 5 роз'яснює, як проводити розслідування та заморожувати активи – заходи доступні для збирання доказів та захисту активів під час тривалого цивільного провадження

Після визначення типу позову та наймання юристів наступним кроком буде збір доказів та, за можливості, забезпечення захисту активів, які були відсте-

женні та визначені. Легше забезпечити захист конкретних активів, якщо сторона висуває «речовий» позов стосовно цих активів. У будь-якому випадку, необхідно запобігати руйнуванню або втраті вартості. Активи можуть переміщуватися або змінювати форму одним натисканням на комп'ютерну мишку. Тому необхідні швидкі дії.

Глава 6 надає огляд того, як отримати докази із закордону

Після подання позову та забезпечення захисту активів, юристи повинні зібрати докази та надати їх суду на підтримку позову. Часто ці докази будуть знаходитися у іншій країні. Існують спеціальні методи отримання таких доказів, що потребують застосування міжнародних угод.

Глава 7 обговорює питання щодо суми позову – методи розрахунку, які можуть використовуватися

Важливим міркуванням при розгляді цивільної справи є потенційна сума, яку можна повернути. Яку суму коштів може присудити суд? Навіть якщо може існувати декілька аргументів при прийнятті рішення щодо доцільності подання позову, одним із найважливіших елементів, що беруться до уваги, має бути те, чи будуть очікувані здобутки більшими за передбачувані витрати. Для розрахунку суми можуть використовуватися декілька методів. Держава має кількісно оцінити грошові наслідки корупційних дій для обґрунтування суми свого позову про відшкодування збитків. У більшості країн, таких як Сполучене Королівство, можливо також отримати відшкодування юридичних та судових витрат у разі виграшу справи проти відповідача (хоча, це палка з двома кінцями: якщо ви програєте, ви маєте сплатити витрати вашого опонента).

Глава 8 розглядає як повернути активи – різноманітні підходи до виконання рішень за цивільними провадженнями

Припускаючи, що судовий розгляд є успішним, і рішення у цивільному провадженні прийняте на вашу користь, якщо майно знаходиться не у тій країні, де відбувалося провадження, держава повинна забезпечити виконання рішення суду у іншій країні. «Забезпечення виконання» у даному контексті означає стягнення за судовим рішенням майна, яке знаходиться у розпорядженні відповідача, на суму визначену у судовому рішенні. Як і у випадку із збиранням доказів, тут можуть бути використані окремі міжнародні угоди, зокрема ті, які забезпечують визнання судових рішень сторін інших держав. Висновок: судові рішення буде корисним лише, якщо воно може бути виконане у місці знаходження активів та відповідача.

Глава 9 надає короткий огляд того, як можна скористатися провадженнями про неплатоспроможність та передачу спірного майна в управління, в рамках позовів про повернення активів

Останнє, хоча на перший погляд це не очевидно, юридичні особи в процесі ліквідації або банкрутства можуть створити можливості для повернення активів. Провадження про неплатоспроможність або передачу спірного майна в управління можуть бути також використані з метою відстеження та повернення активів. Через те, що такі провадження дуже складні та технічні по своїй природі, вони є дуже специфічними та знаходяться поза спектром питань цього загального дослідження; однак ми надамо загальний огляд.

В цілому, дані глави надають основну загальну інформацію про те, як держави можуть використовувати цивільні позови для повернення майна. Корисність цього дослідження полягає не в намаганні точно пояснити як і де подавати цивільні позови. Питання такої складності має залишатися у руках здібних експертів, тобто адвокатів, обраних державою. Очікувана користь від цієї книги полягає у наданні державам основних міркувань, які вони можуть приймати до уваги, у випадку застосування цивільно-правових засобів захисту у боротьбі із корупцією. Цивільно-правові засоби захисту додають ще один інструмент до арсеналу заходів, наявних для боротьби із корупцією та повернення вкраденого майна.

1. Цивільне провадження про повернення активів: хто може позиватися та до кого можуть позиватися – держави у ролі позивачів та можливих відповідачів

Держави та широке коло інших сторін можуть подавати особисті цивільні позови з метою повернення активів. Потерпілі від корупції є різноманітними та часто виходять за межі переліку потенційних позивачів, які мають право подавати позов до суду. Теоретично, будь-яка особа, фізична чи юридична, може бути потерпілою від корупційної дії (хабарництва, розтрата, незаконного використання корпоративних активів тощо). На практиці, коло потенційних позивачів обмежене сторонами, що мають конкретний правовий інтерес у справі.

Хоча дане дослідження зосереджене на позовах держав чи урядових організацій, які прагнуть повернути вкрадені активи або отримати компенсацію за шкоду, спричинену корупцією, у справах про повернення активів також можуть бути інші позивачі, про яких варто згадати. До них відносяться, наприклад, роботодавець проти свого працівника, викритого в хабарництві або в інших шахрайських діях, що призводять до збитків для компанії; конкуренти у тендерах на отримання контракту, які втратили комерційну угоду через прихований платіж, зроблений конкурентом;¹³ акціонери;¹⁴ та громадянське суспільство (громадяни та неурядові організації, або НУО).¹⁵ Схема, наведена у малюнку 1.1 демонструє, хто може постраждати від корупції, у її самому широкому розумінні.

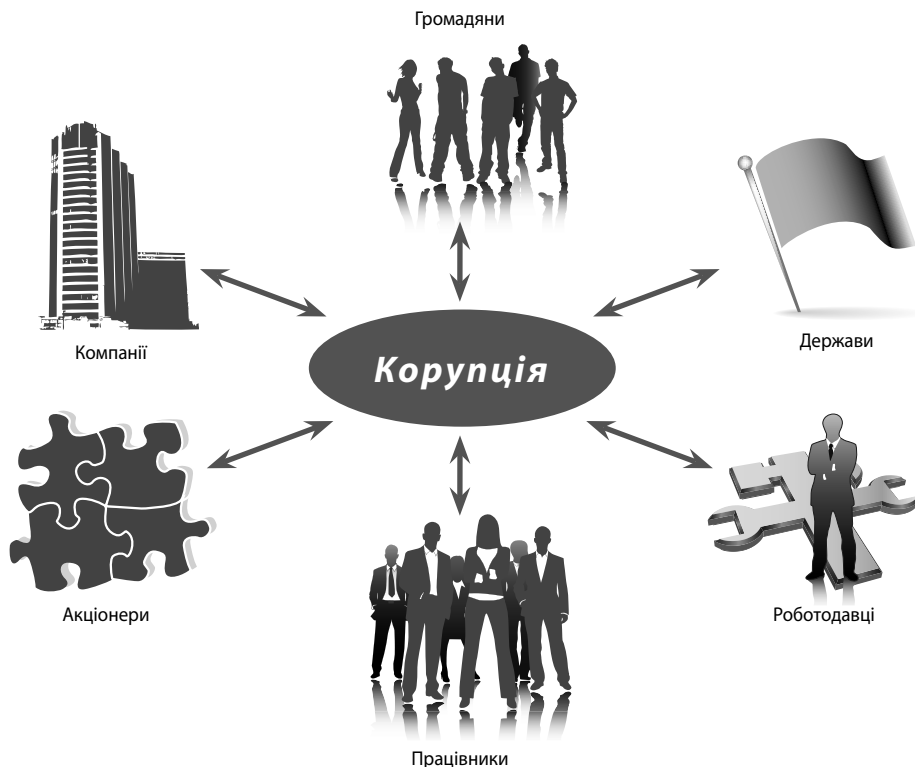
¹³ Розгляньте, наприклад, справу *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp.*, 29 Cal. 4th 1134, 63 P.3d 937 (Cal. 2003). У цій справі, конкурент, який не отримав контракт через те, що переможець заплатив хабар корейському посадовцю, подав деліктний позов.

¹⁴ Дивіться, наприклад, цивільні позови SNC-Lavalin в Канаді. Позови засновані на підозрі щодо здійснення оплати SNC-Lavalin пособникам та агентам колишнього ліванського режиму Мухамара Каддафі, щоб отримати контракти за інфраструктурними проектами в Лівії. Судді в Онтаріо та Квебеку засвідчили колективні позови акціонерів проти SNC-Lavalin Group Inc. у вересні 2012 року та січні 2013 року. В цих позовах вимагалось відшкодування збитків на підставі зниження ринкової вартості цінних паперів, куплених позивачами у цій справі.

¹⁵ Дивіться, наприклад, участь НУО у Франції (Transparency International France, за підтримки SHERPA), у якості цивільної сторони у кримінальному провадженні у справі «Несправедливо отримані доходи» (l'affaire des biens mal acquis), Cour de Cassation, Chambre criminelle, 9 листопада, 2010 року (case n° 09-88272). Дивіться також справу: провадження Human Rights проти спадкоємця Фердинанда Е. Маркоса. Жертви Human Rights подали колективний позов проти спадкоємця Фердинанда Маркоса, президента Філіппін з 1965 по 1986 роки.

Це дослідження зосереджене на державах та урядах, які виступають в ролі приватних позивачів. У цій главі спочатку обговорюватиметься те, як держави і відповідні особи (позивачі) можуть висувати позови про повернення майна у судах, що розглядають цивільні справи (А), потім розглядатиметься проти кого може подаватися позов (відповідачі) (Б).

Малюнок 1.1 Корупція шкодить кожному



Джерело: Світовий банк

А. Держави у ролі позивачів у справах про корупцію

Різноманітні міжнародні інструменти протидії корупції надають право державам подавати цивільні позови про відшкодування шкоди по справах про корупцію. На практиці, до агенцій, що мають повноваження подавати такі позови, часто відносяться міністерства, антикорупційні агентства, та центробанки. Інші урядові структури, такі як міста, провінції, підприємства у державній власності, можуть мати законні права подавати позови. У деяких юрисдикціях цивільного права держави та урядові установи також можуть приймати участь у кримінальних провадженнях в ролі так званої цивільної сторони.¹⁶

¹⁶ Назви змінюються в залежності від юрисдикції. Цей позов також називається *partie civile* провадження (або *action civile*) у Франції, Швейцарії та Бельгії; *Acción Civil Resarcitoria* у Коста Ріці; *adhesion proceedings* в Німеччині; або позови в рамках майнового права в кримінальних провадженнях в Центральній та Східній Європі.

1. Міжнародне правове визнання права на подання позову

В більшості юрисдикцій загальним правилом є те, що якщо фізична або юридична особа, яка зазнала збитків в результаті корупції, або уклала контракти, за якими зазнала збитків через корупцію, може подати позов про їх відшкодування. Таким чином, органи влади, які прагнуть повернути активи, втрачені в результаті корупції, як правило, мають змогу ініціювати цивільне провадження у місцевих або іноземних цивільних судах, так як і приватні громадяни.

Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC) підкреслює важливість цивільних проваджень та цивільно-правових засобів захисту у боротьбі із корупцією. Насправді, в Статті 34 UNCAC визначено, що держави-учасниці можуть розглядати корупцію, як фактор, достатній для анулювання транзакцій, які призвели до корупційної діяльності, або можуть розглядати корупцію, як фактор, що дозволяє розірвання контрактів або відкликання концесій.¹⁷ Стаття 35 UNCAC вимагає, щоб держави-учасниці вживали відповідні заходи та створювали відповідні механізми для забезпечення того, щоб юридичні чи фізичні особи, які зазнали збитків в результаті корупційних дій, мали право ініціювати правові заходи для отримання компенсації.¹⁸ Більш того, Глава V конвенції вимагає, щоб держави-учасниці вживали заходів щодо утримання, арешту, конфіскації та повернення активів, отриманих в результаті корупції, включно із цивільними провадженнями та цивільно-правовими засобами захисту. Стаття 53, Параграф (а) UNCAC вимагає від держав дозволяти іншим державам «подавати цивільні позови до (своїх) судів про встановлення правової підстави або права власності на майно, отримане в результаті вчинення будь-якого зі злочинів, визначених цією Конвенцією». В будь-якій юрисдикції фахівці-практики мають проаналізувати існуюче законодавство для визначення законів, які підтримують впровадження цих положень.

Так само, визнання важливості цивільних проваджень у боротьбі із корупцією на регіональному рівні було досягнуто за допомогою Цивільної Конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією. Стаття 1 Цивільної Конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією¹⁹ вимагає, щоб держави-учасниці надали можливість

¹⁷ UNCAC, Стаття 34, Наслідки корупційних дій: «З належним урахуванням добросовісно набутих прав третіх осіб кожна Держава-учасниця вживає заходів, відповідно до основоположних принципів свого внутрішнього права, щоб врегулювати питання про наслідки корупції. У цьому контексті Держави-учасниці можуть розглядати корупцію як фактор, що має значення в провадженні про анулювання або розірвання контрактів, або відкликання концесій або інших аналогічних інструментів, або вжиття заходів для виправлення становища, яке склалося».

¹⁸ UNCAC, Стаття 35, Компенсація шкоди: «Кожна Держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними, відповідно до принципів її внутрішнього права, для забезпечення того, щоб юридична або фізична особа, яка зазнала шкоди в результаті будь-якого корупційного діяння, мала право порушити провадження щодо осіб, які несуть відповідальність за цю шкоду, з метою одержання компенсації».

¹⁹ Цивільна Конвенція про боротьбу з корупцією, 4 листопада, 1999 року, Europ. T.S. No.174, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/174.htm>; Стаття 1 «Кожна Сторона має забезпечити у своєму внутрішньому праві ефективні засоби захисту для осіб, які зазнали шкоди в результаті корупційних дій, щоб надати їм можливість захищати свої права та інтереси, включно із можливістю отримання компенсації за завдану шкоду».

«особам», юридичним чи фізичним, які зазнали збитків в результаті корупції, захищати свої права та відшкодовувати збитки.²⁰ Стаття 8 §2 тієї ж Конвенції також визначає, що «кожний Учасник має забезпечити у своєму внутрішньому законодавстві можливість для всіх сторін угоди, чия згода була порушена корупційними діями, звертатися до суду за визнанням контракту недійсним, незалежно від їх позову про відшкодування збитків». 35 країн, що ратифікували цю Конвенцію, таким чином зобов'язуються впроваджувати національне Законодавство для сприяння більшому рівню застосування цивільно-правових засобів захисту потерпілими від корупції.²¹

2. Цивільні провадження, ініційовані державами та іншими урядовими установами

Багато країн визнали право іноземної держави подавати позови у своїх цивільних судах. Положення про те, що сторона, яка зазнала збитків в результаті корупції, може бути включене до цивільного або кримінального кодексів, або до спеціального антикорупційного законодавства. Наприклад, в Кенії Закон про протидію корупції та економічним злочинам від 2003 року (Частина VI, Компенсація та повернення незаконних прибутків) визначає в Статті 51, що «[а] особа, яка вчинила будь-яку дію, що вважається корупцією або економічним злочином, несе відповідальність перед будь-якою особою, яка зазнала збитків в результаті таких дій, на суму повної компенсації за понесені збитки». У Сполучених Штатах в рамках закону Про організації, що діють під впливом рекету й корупції (RICO), іноземні уряди або іноземні громадяни, які виступають в ролі цивільних позивачів, можуть вимагати компенсації за шкоду, спричинену деліктними корупційними діями.²²

Держави, таким чином, можуть подавати позови та отримувати компенсацію в порядку цивільного провадження за шкоду, спричинену корупцією, як описано в Текстовому блоці 1.1.

²⁰ Ibid. Дивіться також Цивільна Конвенція про боротьбу з корупцією, Пояснювальна записка, параграф 26, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/174.htm>.

²¹ Група держав проти корупції (GRECO) проводить моніторинг впровадження цієї Конвенції країнами-учасницями Ради Європи та проводить оцінку їх законодавчої бази на регулярній основі. Важливість застосування цивільно-правових засобів захисту у боротьбі із корупцією була визнана на рівні ЄС вже в 1997 році через Двадцять основних принципів боротьби з корупцією, директива, затверджена Радою Міністрів Ради Європи, яка закликає своїх членів «забезпечити врахування цивільним законодавством необхідності боротися із корупцією та, зокрема, забезпечення ефективних засобів захисту для тих, чії права та інтереси постраждали від корупції» (Рада Європи, 1997 рік, Принцип 17).

²² RICO – це федеральний закон Сполучених Штатів, що набув чинності як розділ 901(a) Закону про контроль над організованою злочинністю від 1970 року, та його можна знайти у Розділі 18 Кодексу Сполучених Штатів (U.S.C.) Розділ 1964.

Текстовий блок 1.1 Держави – це юридичні особи, що мають право подавати позов: справа Фердинанда Маркоса (Сполучені Штати)

Республіка Філіппіни подала цивільний позов до Сполучених Штатів в рамках закону Про організації, що діють під впливом рекету й корупції(RICO), із звинуваченнями проти свого колишнього президента та його дружини щодо їх участі у рекетирській діяльності, здійсненні багаторазового шахрайства з використанням поштових/електронних засобів зв'язку та використанні вкраденого майна у зовнішній та міждержавній торгівлі. Апеляційний суд Сполучених Штатів Дев'ятого Округу прийняв рішення, що суд першої інстанції мав повноваження розглядати цей позов. У відповідності до рішення суду іноземне походження Республіки Філіппіни не позбавляє її статусу юридичної особи для цілей подання позову.

Примітка: Республіка Філіппіни проти Маркоса, 862 F.2d 1355 (9th Cir. 1988), cert. denied, 490 U.S. 1035 (1989).

В той час, як процесуальна правоздатність, загалом, визнається для іноземних потерпілих держав, чиї майнові права зазнали збитків, вона може бути відхилена на підставі інших обставин, коли вони не мають конкретних та прямих прав (див. текстовий блок 1.2).

Прикладом успішної цивільної справи, яка порушена державою перед іноземним судом, що призвело до повернення активів, є нігерійська справа Дієпрі Аламійешейха, описана у текстовому блоці 1.3.

Поняття державна влада охоплює не лише держави, але і інші державні установи, такі як муніципалітети, провінції, графства та подібні до них, а також підприємства державної власності.

Місцеві державні установи також можуть ініціювати цивільне провадження, коли вони можуть продемонструвати, що вони безпосередньо потерпіли від правопорушень колишнього місцевого керівника. У текстовому блоці 1.4 показана можливість, як установи на місцевому рівні можуть розпочати цивільне провадження у великомасштабній корупційній справі.

Підприємства у державній власності можуть також мати зацікавленість у поданні цивільного позову в якості потерпілих від шахрайської поведінки. У системах загального права хабарі, сплачені посадовим особам або агентам компанії, можуть бути повернуті компанією, якщо підприємство доведе, що посадова особа або агент мали фідучіарні обов'язки. Справа Pertamina описує в текстовому блоці 1.5 приклад успішного позову компанії у державній власності.

Текстовий блок 1.2 Бути стороною у справі в іноземній державі: Республіка Ірак проти ABB AG та інших (Сполучені Штати)

У 2008 році Республіка Ірак подала позов проти 90 відповідачів до окружного суду США, Південного округу Нью-Йорку про відшкодування збитків, що виникли в результаті підозрюваної корупції в рамках гуманітарної допомоги ООН «Нафта-за-Продукти харчування». Дана програма, започаткована в 1995 році, була розроблена, щоб надати можливість Іраку продавати нафту третім сторонам з метою закупівлі гуманітарних товарів (продуктів харчування та медикаментів). Програма була спрямована на послаблення міжнародних економічних санкцій для громадян Іраку. Республіка Ірак подала цивільний позов з метою повернення доплати за продаж нафти від свого імені, щоб відшкодувати збитки, нанесені їх майновим правам, а також «скористалася правом держави виступати в якості позивача від імені громадян (*parens patriae*), на користь громадян Іраку» з метою відшкодування збитків, завданих їх квазісуверенним інтересам.

Було присуджене право на подання позову (порушення судової справи) про відшкодування збитків, завданих майновим правам, тому що протиправне використання цільового депозитного рахунку ООН могло призвести до конкретної та особистої шкоди Іраку, у якого були конкретні, якщо не ексклюзивні права на кошти, що зберігалися на цільовому депозитному рахунку ООН. Однак, суд прийняв рішення про не надання права Республіці Ірак виступати в якості позивача від імені громадян, на користь громадян Іраку з метою відшкодування збитків, завданих їх громадянам. Ірак зробив спеціальну заяву, що «відповідачі примушували громадян Іраку фінансувати сплату хабарів, призначених для продовження правління тиранічного режиму, який знущався над ними» і, що відповідачі «викачали» програмні кошти та сприяли «нестачі продуктів харчування та медикаментів», які поглибили страждання народу Іраку. Суд нагадав, що хоча Верховний Суд США дозволив подання позову від імені штатів Сполучених Штатів та Пуерто-Ріко на основі *parens patriae*, він ніколи не визнавав позови від імені іноземних держав виключно на цій основі. Цікаво, з точки зору подання позовів, що позови Республіки Ірак не були успішними.

Примітка: дивіться справа Республіка Ірак проти ABB AG et al. 08 Civ. 5951 (SHS), 6 лютого, 2013 року.

Текстовий блок 1.3 Успішний цивільний процес Нігерії в судах Сполученого Королівства: судова справа Дієпрі Соломона Пітера Аламійєшейха (Об'єднане Королівство)

Аламійєшейх був губернатором штату Байелса з травня 1999 року до його імпічменту у вересні 2005 року. У листопаді 2005 року Комісія з питань протидії економічним та фінансовим злочинам Нігерії висунула йому кримінальні обвинувачення по 40 пунктах у відмиванні грошей та корупції.^a В 2007 році, в Нігерії він визнав свою провину щодо неправдивої декларації своїх активів. Його компанії визнали свою провину у відмиванні коштів,^b і суд наклав арешт на його майно у Нігерії. Пізніше, у 2013 році, він попав під амністію.

В результаті цивільного позову, який Нігерія подала закордоном, там було конфісковано та повернуто до Нігерії активів, що складали доходи від злочинної діяльності, на суму понад 17 мільйонів доларів США. Процес був складним, особливо в частині, що стосувалася місцезнаходження банківських рахунків, тому що активи та докази знаходилися у багатьох місцях, таких як Багами, Британські Віргінські острови, Південна Африка, Кіпр, Данія, Сполучені Штати та Сполучене Королівство.

Усвідомлюючи, що подання запиту про взаємну правову допомогу по кримінальній справі може зайняти багато часу, і, що рішення нігерійських судів необов'язково будуть виконуватися у всіх іноземних юрисдикціях, Нігерія ініціювала цивільне провадження в Сполученому Королівстві. Подання позову було дозволене судом Сполученого Королівства. У рішеннях суду в 2006 році та 2007 році, на основі закону Сполученого Королівства «Про доходи від злочинної діяльності», Високий суд Лондона прийняв рішення про те, що Нігерія була реальним власником трьох об'єктів житлової нерухомості в Лондоні (які були зареєстровані на Solomon & Peters Ltd., як єдиного власника) та залишків на певних банківських рахунках, на суму приблизно 2,7 мільйонів доларів США (які були відкриті в Royal Bank of Scotland на ім'я Santolina Investment Corporation), а також 1,5 мільйона доларів, конфіскованих під час арешту. Виявилося, що Santolina була юридичною особою для приховування активів, що стосувалися офшорних юрисдикцій. Загальна повернена сума перевищила 17,7 мільйонів доларів США.

Примітка: див. Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших [2007] EWHC 3053 (Q.B.) (Рішення високого суду Сполученого Королівства у справі Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших. 3 грудня 2007 року Справа №: HC05 CO3602).

- а. Лондонський високий суд, Дієпрі Соломон Пітер Аламійєшейх проти Crown Prosecution Services, 25 листопада 2005 року, Справа №: CO/9133/2005.
- б. Див. Федеральний верховний суд Нігерії, Лагос, Федеральна республіка Нігерія проти Дієпрі Аламійєшейха та інших, Справа № FHC/ U328C/05.

13 березня 2013 року Дойін Окюпе, Головний помічник у спеціальних питаннях зв'язків з громадськістю президента Джонатана Гудлака, повідомив в ранковій програмі «Sunrise Daily», Channels Television, що Державна рада надала державну амністію колишньому губернатору штату Баеелса, Дієпрі Аламійєшейху, <http://www.channelstv.com/home/2013/03/13/okupe-confirms-pardon-for-ex-convicts-alamieyisegha-diya-others/>.

Текстовий блок 1.4 Речовий позов Федеративної республіки Бразилія та муніципалітету Сан-Паулу: справа Малуфа в Джерсі (острів Джерсі)

Ця справа – це позов федеративної республіки Бразилія та муніципалітету Сан-Паулу про визначену суму коштів, 10,5 мільйонів доларів США плюс відсотки, що трималися на банківських рахунках в Джерсі, відкритих на ім'я відповідачів, М. Малуфа, колишнього мера Сан-Паулу та губернатора штату Сан-Паулу і його сина Флавіо, діючого бізнесмена в Бразилії.

Позивачі: держава та муніципалітет, звинувачували Малуфів в утриманні банківських рахунків в банках Джерсі, на яких трималися доходи, які можна відстежити, від хабарництва, прихованих комісій та інших незаконних платежів («відкатів»), що отримувались компаніями відповідачів, Durant та Kildaire, у зв'язку із масштабним будівництвом громадських будівель в Сан-Паулу. Як стверджується, ці особисті відповідачі отримали гроші через дві компанії-відповідачі, що в дійсності, належали або контролювалися ними. Держава та муніципалітет подали речовий позов, що означає, що вони вимагали повернення контролю над своєю власністю.

Королівський суд Джерсі прийняв до розгляду обидва позови, які стверджували, що федеративна республіка Бразилія є «конституційно необхідною стороною позову, висунутого державною владою поза межами Бразилії» і що муніципалітет Сан-Паулу «є стороною, що зазнала значних збитків». У 2012 році Королівський суд Джерсі визнав, що відповідачі несуть відповідальність перед позивачами, як довірчими власниками, на підставі незаконного збагачення, та постановив, що відповідачі мають сплатити суму в понад 10 мільйонів доларів США плюс відсотки.

Примітка: Республіка Бразилія проти Durant, JRC [острів Джерсі] 211 (2012). Рішення було підтверджене апеляційним судом 11 квітня 2013 року, http://www.jerseylaw.je/judgments/unreportedjudgments/documents/display.aspx?url=2013%2F13-04-11_Republic_of_Brazil-v-Durant_JCA071.htm.

3. Держави та урядові установи, як цивільна сторона кримінального провадження

У юрисдикціях цивільного права, держави та інші урядові установи, що зазнали збитків в результаті корупції, мають також можливість вимагати компенсації через систему кримінального права. В таких юрисдикціях держава – жертва кримінального правопорушення – може просити про статус цивільної сторони в кримінальному провадженні проти обвинувачуваного правопорушника, і за умови його отримання, може приймати участь як цивільна сторона в кримінальному провадженні. Щоб отримати статус цивільної сторони, держави та інші урядові установи повинні продемонструвати, що вони зазнали прямих збитків або шкоди від злочину. Після цього, позов про компенсацію шкоди може бути розглянутий в рамках кримінального провадження. Цей варіант доступний у більшості юрисдикцій цивільного права в рамках кримінально-процесуального кодексу.

Текстовий блок 1.5 Установа у державній власності повертає кошти від хабара, що знаходиться у іноземному банку, через цивільний позов до іноземного суду: Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур)

Pertamina – це індонезійська компанія у державній власності, створена у 1971 році. Pertamina виконувала великий проект з економічного розвитку на підставі розпорядження індонезійського уряду. Іноземні підрядники сплачували хабарі Хайджі Ахмаду Тахіру, відповідальному співробітнику Pertamina, за отримання більш вигідних контрактних умов та привілейованого ставлення. Pertamina подала позов про відшкодування хабарів.

Хабарі були розміщені М. Тахіром на депозитних рахунках у сінгапурському банку. Pertamina дізналася про ці банківські рахунки (які були спільними рахунками М. Тахіра та його дружини, пані Картіка Ратна Тахір) після смерті пана Тахіра. Pertamina подала позов в Сінгапурі, вимагаючи ці кошти. Суд першої інстанції та апеляційний суд прийняли позов Pertamina, наголошуючи, що «беручи до уваги дуже широкі повноваження та сферу відповідальності [М. Тахіра] (...) важко уявити більш очевидну ситуацію, яка сприяла б виникненню фідучіарних відносин», і тому активи були повернуті компанії у державній власності.

Примітка: Картіка Ратна Тахір проти PT Pertamina Minyakdan Gas Bumi Negara (Pertamina) [1994] 3 SLR (R) 312; [1994] SGCA 105, <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/cases-in-articles/equity-and-trusts/1494-thahir-kartika-ratna-v-pt-pertambangan-minyak-dan-gas-bumi-negara-pertamina-1994-3-slr-r-312-1994-sgca-105> Kartika Ratna Thahir v. PT Pertamina Minyakdan Gas Bumi Negara (Pertamina), [1994] 3 SLR 257; [1994] SGCA 105.

В Швейцарії, наприклад, Стаття 122, Параграф 1 кримінально-процесуального кодексу визначає, що «особа, яка зазнала збитків, може подавати цивільний позов на підставі правопорушення, як приватний позивач у кримінальному провадженні». На даній підставі іноземним державам, що прагнуть повернути майно, отримане в результаті корупції, часто дозволяється бути цивільними сторонами у кримінальних розслідуваннях або провадженнях в Швейцарії, що стосуються таких активів (див. текстовий блок 1.6). За умови надання, такий статус дозволить іноземній державі отримати доступ до документів, включно із судовими досьє злочинців, а також брати участь у допиті свідків та подавати заяви судді, що веде розслідування, і останнє, дозволить вимагати репатріації майна.²³

Так само у Франції, у відповідності до Статті 2 Кримінально-процесуального кодексу Франції, сторона може отримати цивільну компенсацію від криміналь-

²³ Арвіндер Самбей, Цивільна конфіскація (конфіскація проти власності): Дослідження ефективності та впливу, Рада Європи, технічний документ, 2012, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/Technical%20papers/2358%20CAR%20-%20TP%20-%20-%20Arvinder%20Sambei%20%20Impact%20Study%20on%20Civil%20Forfeiture%20-%20May%202012%20-%20ENG%20\(2\).pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/Technical%20papers/2358%20CAR%20-%20TP%20-%20-%20Arvinder%20Sambei%20%20Impact%20Study%20on%20Civil%20Forfeiture%20-%20May%202012%20-%20ENG%20(2).pdf).

ного суду, коли сторона може продемонструвати особисту та пряму шкоду в результаті злочину. Потерпілі, які безпосередньо постраждали від злочину, можуть надати позов відповідному судді, що веде розслідування, та вимагати бути визнаними «partie civile».²⁴ У разі надання цей статус «partie civile» дозволить державі бути повноправною стороною кримінального провадження. Держава також може вимагати порушення справи судовим органом та може ретельно контролювати заходи, що вживаються суддею, який веде розслідування.²⁵

Текстовий блок 1.6 Держава як сторона цивільної справи: Тунісу був наданий статус Partie Civile в Швейцарії та інших країнах в кримінальних справах щодо вкрадених активів

Після відсторонення від влади колишнього президента Тунісу Бен Алі, були відкриті кримінальні провадження, серед інших місць, у Франції, Швейцарії та Італії, з метою впровадження європейської постанови про заморожування всіх активів, що належали йому та його сім'ї.

Туніс найняв адвокатів у основних юрисдикціях для участі у ролі «partie civile» у розгляді кримінальної справи. Це дозволило вести пряму дискусію із суддею, який вів розслідування, та ретельно контролювати кримінальні провадження.

Примітка: важливе швейцарське рішення можна знайти на BB.2011.130 TPF (20 березня, 2012 року, Федеральний суд у кримінальних справах).

Подібні процедури існують у постсоціалістичних країнах Центральної і Східної Європи, зокрема в країнах-наступниках колишньої Югославії. В цих юрисдикціях, вони зазвичай називаються позови про визнання права власності в порядку кримінального провадження²⁶. В Боснії, наприклад, Стаття 193 Глави 17 Кримінально-процесуального кодексу Боснії передбачає позови про визнання права власності, що стосуються відшкодування збитків, повернення майна, анулювання конкретних законних транзакцій (текстовий блок 1.7).²⁷ Додаткова інформація про цивільну сторону в кримінальній справі надана в главі 4.

²⁴ Стаття 85, Code de Procédure Pénale [Франція].

²⁵ Див., наприклад, текстовий блок 4.13, у главі 4, стосовно справи Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших, в якій Нігерії була присуджена шкода, як partie civile у справі про відмивання коштів проти нігерійської посадової особи у Франції; Tribunal de Grand Instance (TGI) de Paris, 11eme chambre, 7 листопада, 2007 року.

²⁶ Див., наприклад, глава 17 Кримінально-процесуального кодексу Боснії, Статті зі 193 до 204.

²⁷ Кримінально-процесуальний кодекс Боснії та Герцеговини, неофіційна, об'єднана версія, частково переглянута мовним відділом канцелярії прокуратури Боснії і Герцеговини, 2009 рік, [http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/904fb6c00dbd0b8ac12576d5004cda83/\\$FILE/Criminal_Procedure_Code_of_BH_-_consolidated_version_dec2009.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/904fb6c00dbd0b8ac12576d5004cda83/$FILE/Criminal_Procedure_Code_of_BH_-_consolidated_version_dec2009.pdf).

Текстовий блок 1.7 Позови в рамках майнового права з метою надання компенсації потерпілим від корупції

Колишній боснійський посадовець був звинувачений у зловживанні владою та підробці документів по багатьох операціях, пов'язаних із корупцією в PBSS (*Privredna Banka Srpska Sarajevo*), банк в Боснії. Спочатку він був засуджений до дев'яти років ув'язнення, пізніше за апеляцією термін ув'язнення був скорочений до п'яти років. Інший відповідач, який контролював компанію, що отримувала гроші від банку, також був засуджений за зловживання владою, як учасник тієї ж самої великомасштабної корупційної схеми. Він був засуджений до чотирьох років ув'язнення, термін був пізніше скорочений до двох років. По цій же справі тимчасовий адміністратор ошуканого державного банку, PBSS, подав позов в рамках майнового законодавства в порядку кримінального провадження на підставі фактів корупції. PBSS отримав розпорядження про компенсацію на суму приблизно 2,5 мільйони євро. Звинувачувальні вироки та виплата компенсацій жертвам були залишені в силі апеляційним судом.

Примітка: див. держава Боснія та Герцеговина проти Момчіло Мандіка та інших (27 жовтня, 2006 року) KPV 02/06, confirmed on appeal KPV 03/07 (27 березня, 2007 року).

Б. Відповідачі: до кого можуть позиватися?

Відповідач в цивільному провадженні – це фізична або юридична особа, від якої позивачем вимагається відшкодування або повернення. У справах про хабарництво юрисдикції часто розглядали потенційних відповідачів через призму основних/агентських взаємовідносин. Фактично, в будь-якій справі стосовно збитків, спричинених корупційними діями, очевидний відповідач – це корумпований агент або хабарник. Однак, масштабні корупційні схеми зазвичай складні, і в більш широкій перспективі до складу відповідачів також можуть входити посередники.

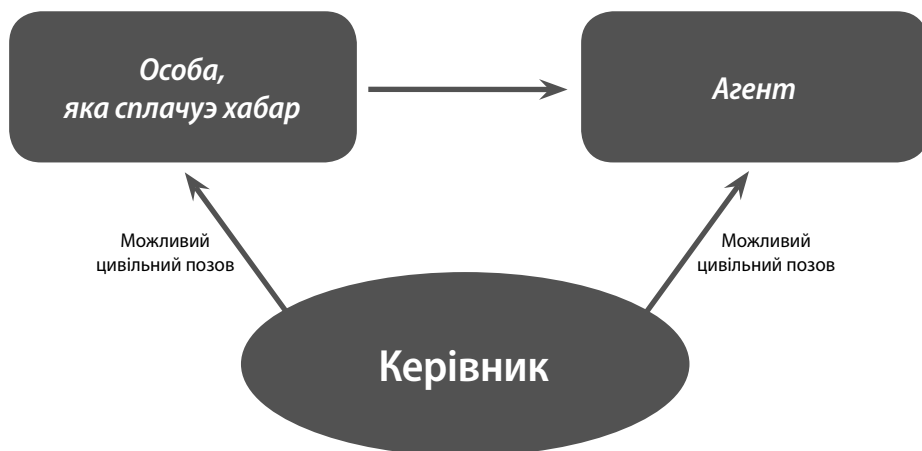
1. Агентські взаємовідносини в цивільних справах про хабарництво

На концептуальному рівні, основа корупції визначається як проблема агентських відносин: «Агент» чи то обраний політик, призначений посадовець, або працівник має обов'язок діяти в інтересах іншого, хто називається «керівником». Таким чином, поняття взаємовідносин керівник-агент може бути корисним для визначення відповідачів, проти яких можна висувати позов у справах про хабарництво. У зв'язку з цим типова справа про хабарництво буде включати трьох осіб: роботодавця-керівника, працівника-агента та клієнта-особу, що платить хабар.

Агентські взаємовідносини можуть бути оформлені у вигляді контракту, за яким дві фізичні (або юридичні) особи пов'язані конкретними взаємовідносинами: коли агент погоджується діяти на користь керівника, а не у своїх влас-

них інтересах, він має юридичне зобов'язання, яке називається «фідуціарним зобов'язанням». Фідуціарне зобов'язання визначається, як юридичне зобов'язання діяти виключно в інтересах іншої сторони. Якщо агент отримує хабар від будь-кого, він порушує своє фідуціарне зобов'язання. У такому разі керівник може вимагати відшкодування шкоди за порушення зобов'язання, вчинене агентом в своїх власних інтересах. Малюнок 1.2 та текстовий блок 1.8 ілюструють це поняття.

Малюнок 1.2 До кого може позиватися керівник у корупційних справах?



Джерело: Світовий банк

Модель керівник-агент охоплює більшість випадків хабарництва, які виникають на практиці. Однак, сфера охоплення цієї книги виходить за рамки випадків хабарництва, і тристоронні взаємовідносини в рамках цього трикутника можуть бути недоцільними для інших правопорушень.

2. Перелік потенційних відповідачів у цивільних позовах

Як зазначалося вище, у цивільних провадженнях, спрямованих на відшкодування збитків, спричинених корупційною діяльністю, очевидними відповідачами були б посадові особи-корупціонери або особи, що платять хабарі. Деталь, яку треба брати до уваги, намагаючись повернути доходи від корупційної діяльності, отримані посадовими особами-корупціонерами, – це можливі політичні імунітети щодо кримінального переслідування або навіть цивільних позовів, які вони можуть мати.

Текстовий блок 1.8 Приклад взаємовідносин керівник / агент: Компанія Continental Management проти Сполучених Штатів (Сполучені Штати)

У справі Continental Management проти Сполучених Штатів уряд Сполучених Штатів, як керівник, подав позов проти державного посадовця, який зловживав службовим становищем в особистих цілях. Суд визнав, що отримання таємних прибутків агентом / державним посадовцем / працівником завдало збитків керівнику / роботодавцю «тому, що це неодмінно створює конфлікт інтересів та може зруйнувати лояльність агента».^a

Керівник, який зазнав збитків в результаті корупційної діяльності свого агента, як правило, може вимагати відшкодування та повернення шкоди. Для отримання цивільно-правових засобів захисту, як правило, мають існувати певні фідучіарні взаємовідносини між сторонами провадження. Загалом, як працівник / агент так і особа, яка платить хабар, повинна відповідати перед керівником / роботодавцем за збитки та їх відшкодування.

Джерело: Кейт Хендерсон та Карен Агуїда, «Сполучені Штати», в Особистісне хабарництво в бізнесі, за редакцією Гюнтера Хайне та Томаса О. Розе 479, 548 (Фрібург та Париж: Iuscrim та Міжнародна торгова палата, 2003 рік).

a. Continental Management Inc. проти Сполучених Штатів, 208 Ct. Cl. 501, 527 F.2d. (613) 241-7117

Однак, лише незначна кількість посадових осіб-корупціонерів оформлюють активи на своє ім'я. Таким чином, можливими відповідачами можуть бути родичі, близькі партнери або юридичні особи, що контролюються посадовою особою-корупціонером. На додаток до цих відповідачів, позивач може подати позов проти третіх сторін або посередників, таких як банки, бухгалтери, юристи, арт-дилери, агенти з нерухомості та інших, хто працював із правопорушником. Зокрема, потерпіла сторона може подати позов про відшкодування шкоди проти тих, хто допомагав у здійсненні порушення фідучіарного зобов'язання. Наприклад, якщо фінансова установа тримає вкрадені активи, це може бути порушенням загального обов'язку дотримуватися обережності у наданні фінансових послуг, і це може бути підставою для позову²⁸. Участь фінансової установи може бути важливою, наприклад, у допомозі посадовій-особі корупціонеру у викраденні, приховуванні та, можливо, відмиванні доходів від корупційної діяльності.

Позивач може подати позов проти осіб, які свідомо допомагали у приховуванні активів, або які отримували ці активи як посередники у відмиванні доходів від корупції. Щоб отримати рішення на свою користь, позивачу, вірогідно, буде потрібно продемонструвати, що посередник свідомо допомагав у шахрайських діях або безчесному порушенні фідучіарного обов'язку. Як зазначалося раніше, якщо буде доведено, що посередник діяв свідомо разом із посадовою особою-корупціонером, посередник може нести відповідальність за всю суму

²⁸ Колін Ніколс QC, Тімоті Деніел, Алан Бакарез, та Джон Хетчард, Корупція та зловживання державною посадою, 2-ге видання (Нью-Йорк: Oxford University Press, 2011 рік), 306.

спричинених збитків. На цій підставі може вимагатися притягнення до цивільно-правової відповідальності, яка буде залежати в основному від того, як суд інтерпретує конкретні факти по даній справі, оскільки межа між недбалістю або некомпетентністю і навмисним «незверненням уваги» може бути дуже розмитою і суб'єктивною (текстовий блок 1.9).

Текстовий блок 1.9 Обов'язки юридичних компаній, що застосовуються до грошей, що вважаються прихованими: Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших (Сполучене Королівство)

Фредерік Чілуба був президентом Замбії з 1991 року до 2002 року. Після того, як він залишив посаду, влада Замбії почала кримінальне розслідування, а також створила робочу групу для проведення оцінки суми відшкодування. У 2004 році генеральний прокурор Замбії подав цивільний позов в Сполученому Королівстві від імені народу Замбії. Позов був про те, що Чілуба, разом із колишніми посадовими особами Замбії, вступив у таємну змову з метою незаконного привласнення коштів, які належали Замбії. Замбія підозрювала, що ці гроші були доходами від корупційних схем, та що два англійські адвокати та їх відповідні юридичні фірми, Ікбар Меєр, Meer Care & Desai та Бімал Текер, Save Malik, надавали незаконну підтримку у привласненні коштів. Банківський рахунок фірми в Лондоні нібито використовувався для сплати 20 мільйонів доларів замбійським урядом за можливу угоду із зброєю.

Суддя першої інстанції прийняв рішення щодо того, чи «перетнув [Ікбал Мейєр] межу між некомпетентністю та безчесністю («нерозумний чи негідник»)»^a, та чи нестиме він у результаті цього відповідальність за «безчесну підтримку у порушенні фідучіарного обов'язку».^b Суддя визнав, що юрист безчесно допомагав Чілубі та замбійським відповідачам у їх правопорушеннях та вступив у змову з метою незаконного привласнення грошей із Замбії. Суддя базувався на правовій нормі «довірча власність в силу закону за навмисне нечесне пособництво». Він прийшов до думки, що партнер або знав, що інструкції, які він виконував, в дійсності мали відношення до вкрадених грошей, або він чітко підозрював, що такий факт має місце, але вирішив проігнорувати це (буквально це називається «закрив очі»).

При розгляді апеляції суд вищої інстанції відмінив це рішення та виніс рішення, що два співвідповідачі – юристи не винні.^c Поведінка Ікбала Мейєра була знову проаналізована у відповідності до тесту «нерозумний чи негідник». Суддя апеляційного суду заявив, що якби «суддя [першої інстанції] був цілком правий стосовно того, що поведінка, яку обрав пан Мейєр, потребувала необхідної обережності, про яку, як вбачається, пан Мейєр не мав жодної гадки, і що пан Мейєр не застосував відповідні професійні стандарти обережності стосовно цього процесу, це є недостатнім для встановлення його провини, та саме по собі може вказувати не на безчесність, а на некомпетентність.

Текстовий блок 1.9 Обов'язки юридичних компаній, що застосовуються до грошей, що вважаються прихованими: Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших (Сполучене Королівство)

Свідчення pana Мейера про [...] питання, що стосуються відмивання коштів, самі по собі підказують нам, що він не мав достатнього досвіду у відповідній сфері, та поведився наївно або нерозумно, або і те, і те».d Таким чином, було прийнято рішення, що партнер, визнаний винним у безчесному пособництві, визнається чесним, хоча поведився нерозумно, інколи дуже нерозумно, і зовсім некомпетентно у своєму розумінні, застосуванні та дотриманні відповідних професійних обов'язків, понад усе у необхідності дотримуватися застережень стосовно відмивання коштів. Таким чином, апеляційний суд «[прийняв] апеляцію pana Мейера проти рішення судді про визнання його винним перед Замбією у змові та наданні нечесного пособництва» та «відмінив постанови судді про pana Мейера [...] та фірми, у обох [його] постановах від 4 травня 2007 року та 29 червня 2007 року, та [...] [відмовив] у задоволенні позову проти pana Мейера [...] та фірми». В результаті, рішення суду першої інстанції, яке зобов'язувало pana Мейера та юридичну фірму сплатити Замбії понад 11 мільйонів доларів США, було відхилене.

Ця справа демонструє труднощі у доведенні вини професіоналів (юристів, банкірів, бухгалтерів), які залучені до управління вкраденими активами. Це, мабуть, не типовий приклад, у тому розумінні, що професійний радник уникнув відповідальності через свою власну некомпетентність. Такий захист може не спрацювати у багатьох випадках. В будь-якому випадку, потерпілі мають розглядати такий варіант позову про відшкодування збитків проти третіх сторін, так як базова правова норма «закритих очей» була прийнята, навіть якщо у цій конкретній справі виявилось недостатньо доказів.

Примітка:

- a. Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care & Desai (фірма) та інших.[2007], EWHC 952 (Ch), параграф. 556.
- b. Ibid., параграф. 332.
- c. Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care & Desai (фірма) та інших [2008], EWCA Civ 1007.
- d. Ibid., параграф. 280.

Позови проти таких професіоналів може бути важко довести. Зазвичай, позивач має продемонструвати фактичну поінформованість про участь третьої сторони у змові або надати факти, з яких розсудлива людина зробила би висновки про нечесну поведінку. Тим не менш, інколи може бути варто подати позов. Одна із можливих переваг позову проти третіх сторін – це те, що нова інформація, зібрана в ході провадження, може стати підставою для більш успішних позовів. На додаток, з огляду на те, що установи, такі як банки, можуть мати підрозділи у багатьох місцевостях та можуть володіти значними активами, такий

позов може бути простішим і більш результативним початковим кроком, ніж безпосереднє переслідування посадовця-корупціонера.

Наостанок, таблиця 1.1 підсумовує основні типи відповідачів, проти яких держави та інші державні установи можуть подавати цивільні позови на підставі корупційних дій.

Таблиця 1.1 Типи відповідачів та приклади прецедентного права

<i>Типи відповідачів</i>	<i>Приклади прецедентного права</i>
Державні службовці – корупціонери («Агенти»)	Гонконг проти Рейд (текстовий блок 4.3); Місто Канни (текстовий блок 7.2)
Компанії та інші юридичні особи, що контролюють або утримують активи посадової особи – корупціонера	Лівія проти Capitana (текстовий блок 4.1), Нігерія проти Santolina (текстові блоки 1.3, 4.2, 4.13, та 5.5)
Сім'я та близькі друзі посадовця-корупціонера, які допомагали та утримували активи	Справа Чілуби (текстові блоки 1.9, 3.2, 4.11, та 8.1); Справа Дарійє (текстові блоки 3.1 та 8.3)
Службовці урядових установ	Pertamina (текстові блоки 1.5 та 4.4)
Особи, що платять хабар	Alba проти Alcoa (текстовий блок 3.4)
Треті сторони / посередники, такі як довірчі власники, банкіри, бухгалтери, юристи	Справа Чілуби (текстові блоки 1.9, 3.2, 4.11, та 8.1)
Джерело: Світовий банк	

2. Як найняти адвоката: кроки, міркування та способи оплати послуг

Якщо держава прийме рішення, що необхідно повернути частину або всі доходи від корупційних правопорушень, використовуючи цивільно-правові методи, їй доведеться визначити адвокатів, щоб отримати консультації з тим, щоб почати формулювати позови та розробляти стратегію повернення активів з-за кордону. Процедура наймання адвокатів для певного цивільного провадження з повернення активів може бути досить складною, але за умови ретельної підготовки, урядовці зможуть визначити кваліфікованого адвоката; сформулювати умови оплати послуг, які відповідатимуть умовам конкретної справи; за необхідності, профінансувати провадження за рахунок фонду проваджень по комерційних справах; та спрямувати запит на отримання потенційної допомоги від міжнародних організацій.

А. Визначення відповідного адвоката

1. Якості успішного адвоката з питань повернення активів

Провадження з повернення активів пов'язані з унікальними проблемами: гроші майже ніколи не ховають у країні, в якій вони були вкрадені; гроші дуже рідко ховають у одній юрисдикції. Як правило, до переміщення активів залучено багато осіб та установ. Гроші необхідно відстежувати, а також необхідно підтримувати зв'язок із банком чи іншою установою, де гроші розміщені на депозитному рахунку. Успішний адвокат з питань повернення активів має знати про всі ці проблеми та мати варіанти їх ефективного вирішення.

Справи про повернення активів часто є політично делікатними як в країні, де були вкрадені гроші, так і в країнах, де вони були сховані. Адвокат повинен бути політично розсудливим та здатним працювати в багатьох політичних системах у дипломатичний, але ефективний спосіб. В середині країни може не бути консенсусу щодо процесу повернення активів через політичну опозицію; соратники посадовця-корупціонера можуть залишатися при владі та зберігати вплив. Адвокат повинен вміти спілкуватися, а інколи координувати обмін інформацією поміж урядовцями в кожній країні, а також із іншими різноманітними внутрішніми зацікавленими сторонами.

Більш того, багато посадовців-корупціонерів стали дуже багатими, і тому можуть найняти найкращих юристів та бухгалтерів, щоб допомогти захистити активи або відстрочити їх повернення, поки активи будуть надалі витрачатися або переховуватися. Вони сформують команди у різних юрисдикціях та укла-

дуть спільні договори на здійснення захисту. Часто активи можуть ховатися на імена членів сім'ї або партнерів, які теж будуть оскаржувати повернення, що призведе до додаткових витрат та затримок у поверненні активів. У таких обставинах урядовий адвокат з повернення активів повинен мати достатній рівень знань в цій сфері, щоб змагатися із складним правовим маневруванням з боку відповідачів.

Адвокат повинен мати загальні знання щодо правових систем країн, які можуть бути залучені до процесу, та мати бажання і здібності працювати із юридичними радниками в інших країнах (див. текстовий блок 2.1). Хоча ця книга присвячена лише цивільно-правовим засобам захисту, якщо уряд розглядає можливість подання паралельного кримінального позову, або подання такого позову пізніше, адвокат має усвідомлювати наслідки його або її діяльності для можливої кримінальної відповідальності. У деяких юрисдикціях діють дуже суворі правила щодо розголошення, і адвокат повинен буди обережним, щоб не завадити можливості визнання кримінальної відповідальності, в процесі застосування цивільно-правових засобів захисту.

Текстовий блок 2.1 Якості успішного адвоката по справах з повернення активів

- Бажано, попередній досвід ведення справ з повернення активів у відповідних юрисдикціях
- Повинен мати політичні зв'язки та досвід
- Репутація чесного фахівця в судах та урядах
- Знання відповідних національних правових систем
- Певні знання про порівняльні норми права та розуміння різних правових систем у юрисдикціях загального та цивільного права
- Усвідомлення можливих наслідків цивільного позову для кримінального позову, що планується урядом
- Здатність працювати із радниками у інших країнах
- Здатність керувати командою експертів (бухгалтер-криміналіст, слідчі тощо)
- Доступ до досвідчених експертів
- Розумні розцінки на послуги
- Страхування від професійної недбалості, що покриває суму позову та включає юридичні консультації по іноземному праву (для цього вам буде необхідна спеціальна страхова політика)

Джерело: Світовий банк

Державні позивачі повинні пам'ятати, що, як правило, провадження про повернення активів, яке відбувається у багатьох юрисдикціях, потребуватиме наймання радників у різних юрисдикціях та забезпечення їх роботи в команді. Найчастіше одного адвоката (або навіть фірми) може бути недостатньо для ведення складної, у багатьох юрисдикціях, справи про повернення активів. Більш того, адвокатам може бути необхідно визначити та найняти додаткових експертів, включно із такими спеціалістами, як бухгалтер-криміналіст, слідчі та інших адвокатів. Визначення належного адвоката також включає певне попереднє планування місця подання позову (обговорюються у наступній главі) тому що, зазвичай, вам потрібен буде адвокат, що має ліцензію та досвід в юрисдикції, де буде подаватися позов. Один із підходів, щоб вирішити ці проблеми щодо міжнародного виміру справ про повернення активів, це найняти одну, міжнародну юридичну фірму із офісами по всьому світу. Такі фірми мають знання у всіх юрисдикціях та можуть, за потреби, із легкістю найняти місцевих радників. Інший підхід – це безпосередньо наймати радників у потрібних юрисдикціях.

2. Представлення правових інтересів держави

В багатьох випадках перевага надається приватним адвокатам, що знаходяться в юрисдикції, де вірогідно буде подаватися позов, так як знання місцевих законів та процедур може бути вирішальним у справі. У небагатьох державах уряди наймають адвокатів, які мають право ведення цивільних справ від імені держав, та які можуть надавати допомогу іноземним державам. Ці адвокати можуть провести оцінку того, де подавати позов та навіть подати його до місцевого суду. У деяких юрисдикціях, де це можливо, адвокат може не знадобитися. Наприклад, в Бразилії, державні адвокати призначаються для представлення держав в суді не тільки в кримінальних, але і в цивільних провадженнях. В Італії *Avvocato Generale dello Stato* відповідає за представлення держави у будь-яких цивільних, кримінальних або адміністративних провадженнях, але не виступає у ролі обвинувачення.

Такого типу структури можуть розширити переваги у сфері міжнародного співробітництва. Бразилія і Італія, наприклад, підписали Меморандум про взаєморозуміння щодо співпраці у правовому представленні держав.²⁹ У відповідності до Меморандуму, кожна сторона повинна в суді представляти інтереси іншої сторони за умови, що остання попросила про це, та інтереси обох держав не є несумісними.³⁰ На основі цієї угоди Бразилія може отримати підтримку у формі представлення італійськими державними адвокатами в італійських судах у справах про повернення активів. На додаток, в деяких країнах, таких як Південна Африка, державні адвокати мають законне право надавати підтрим-

²⁹ Меморандум про взаєморозуміння між Генеральною прокуратурою Союзу (Бразилія) та Генеральною прокуратурою Держави (Італія), від 11 квітня 2014 року.

³⁰ Ibid., Стаття 2 (a).

ку, в залежності від умов, у правовому представленні іноземних держав.³¹ Хоча все ще не дуже розповсюджені, ці моделі співпраці між державами можуть скоротити витрати, закладені у контракти із приватними юристами.

3. Правила державних закупівель

В процесі визначення та вибору гідного адвоката держави часто стикаються із суворими правилами державних закупівель, які обмежують використання коштів на приватних адвокатів. Ці правила різні в різних юрисдикціях. Складним є те, що правила державних закупівель часто вимагають наймання надавачів послуг, які пропонують найнижчу ціну із мінімальним стандартом якості. Однак, деякі спеціалізовані послуги, такі як юридичні поради та представництво в суді, можуть не повністю відповідати процесу державних закупівель. Дуже важливо, щоб при виборі адвоката держави керувалися якість, що очікуються від адвоката, наведеними вище, навіть якщо необхідно буде домагатися застосування пільг або винятків із правил про державні закупівлі. Деякі країни наприклад, Бразилія, створили спеціальні режими для процесу відбору приватних адвокатів з метою представництва держави у іноземних судах.³² Загалом, вартість юридичних послуг та витрати на їх надання відіграють важливу роль, але вони не мають бути вирішальними при виборі юридичного радника. У деяких випадках вислів «Ви отримуєте те, за що платите», є істиною у сфері юридичних послуг.

Більш того, якщо типові процедури державних закупівель дотримуються (оголошення, тендери тощо), то відповідачі заздалегідь будуть повідомлені про стратегію уряду щодо повернення активів. Тому ці процедури мають бути замінені, якщо це можливо зробити в правовому полі, процедурою закупівлі за коротким списком, що також буде швидше. Так як більшість справ про повернення коштів за своєю природою є такими, що ведуться у багатьох юрисдикціях, може бути доцільним залучити одну головну юридичну фірму, яка за вказівкою клієнта, може за субпідрядом наймати додаткові юридичні фірми у інших юрисдикціях. Інакше, наймання юридичної фірми за процедурою державних закупівель, і навіть по короткому списку, буде призводити до затримок, які несумісні із успішною стратегією повернення активів.

Наприклад, якщо потерпіла держава, беручи участь, як *partie civile*, у кримінальному провадженні в Швейцарії дізналася про існування банківського рахунку в Спеціальному Адміністративному Районі Гонконг, Китай, де, як загаль-

³¹ Південно-Африканська Республіка, уточнюючий закон про державних адвокатів (2013), розділ 9А: «Виконання офісами державних адвокатів роботи від імені урядів іноземних держав. У разі досягнення угоди між урядом Республіки та урядом іншої держави, офіс державних адвокатів може виконувати такі види робіт, які виконуються цим офісом у відповідності до даного закону для уряду Республіки, для або від імені цієї іншої держави у будь-якому суді або в іншій частині Республіки або у цій державі, у відповідності до узгоджених умов.

³² Див. Закон № 8.897 від 1994 року, стаття 4, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8897.htm and Decree n. 7.598 від 2011 року.

новітньо, дуже важко отримати постанову про заморожування активів через механізм взаємної допомоги, єдиним варіантом для неї буде найняти місцеву юридичну фірму, щоб та вимагала отримання постанови про заморожування активів, яку, може так статися, буде необхідно отримати терміново, і за місцевим законодавством вона може бути отримана менш, ніж за 24 години. Якщо процес наймання фірми в Спеціальному Адміністративному Районі Гонконг, Китай потребує тижнів або місяців, ймовірно банківський рахунок в Спеціальному Адміністративному Районі Гонконг, Китай, буде спустошений. Однак, якщо головна юридична фірма наймає місцеву юридичну фірму, постанову про заморожування активів можна отримати. Також необхідно зазначити, що в той час, як великі міжнародні юридичні фірми мають значний потенціал та досвід у поверненні активів в Сполученому Королівстві та Сполучених Штатах, їх офіси у менш центральних юрисдикціях вірогідно не матимуть достатньої спеціалізації у поверненні активів; їм доведеться наймати місцеві фірми та мати справу з такою самою проблемою. Не існує простого вирішення проблем із закупівлею послуг, але чітко продумана організація, як і особливе ставлення до процедури наймання адвокатів з питань повернення активів, будуть корисними.

4. Пошук адвоката та проведення перевірки

Хоча потреба у конфіденційності та швидкості може вимагати найняти адвоката швидко, незалежно від публічності чи конфіденційності процесу найму, уряд повинен проводити відповідну перевірку, щоб бути впевненим, що адвокат, якого вибрали, найкраще підходить для цієї роботи. Уряди можуть співпрацювати із своїми колегами в інших країнах, щоб з'ясувати, які адвокати залучалися до інших справ та якими були результати. Як мінімум, така перевірка повинна включати перевірку рекомендацій.

Інший шлях підтвердження компетентності потенційних адвокатів – через детальний Інтернет-пошук, з акцентом на незаангажовані джерела. На додаток до газетних статей, уряди повинні ознайомлюватися із інформацією різних організацій, рейтингових агентств та асоціацій адвокатів, які відслідковують роботу адвокатів з питань повернення майна та результати окремих судових справ. Наприклад, в публікаціях Світового банку та ООН,³³ Відділу протидії корупції Міжнародної торгової палати (ICC),³⁴ та U4³⁵ можуть згадуватися конкретні результати, і, дослідивши ці публікації, можна визначити успішних адвокатів. Рейтингові агенції все частіше публікують рейтинги повернення активів; наприклад, такі організації як FraudNet, Міжнародна торгова палата, список Альянсу борців із корупцією Світового банку та Chambers and Partners (он-лайн рейтинг адвокатів) надають рейтинг адвокатів-практиків з питань повернен-

³³ Ініціатива повернення вкрадених активів (StAR), <http://star.worldbank.org/star/>.

³⁴ Міжнародна торгова палата, <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/>.

³⁵ U4, Антикорупційний ресурсний центр, <http://www.u4.no/>.

ня майна. Індивідуальні юристи також можуть бути членами антикорупційних комітетів Міжнародної асоціації адвокатів або Американської асоціації адвокатів. Переглядаючи минулі конференції з питань повернення активів, також можна визначити юристів, які багато написали про корупцію та питання повернення активів або доповідали по цих питаннях на таких конференціях. Жодне з цих джерел інформації не є визначальним, але разом вони можуть створити загальну картину досвіду адвокатів та успіху по справах з повернення активів.

Після визначення декількох потенційних адвокатів уряд може запросити цих адвокатів презентувати свій досвід та запропонувати умови співпраці в процесі інтерв'ю або презентацій. Адвокати між собою називають це «конкурс краси». Уряд може описати пропоноване цивільне провадження та запитати адвоката про його або її думки щодо того, чи варто подавати позов, і де його краще за все подавати. За канонами юридичної етики у майже всіх країнах адвокати мають зберігати таємницю щодо предмету обговорення навіть на цьому етапі. Проведення інтерв'ю із декількома адвокатами дозволить уряду краще зрозуміти різні підходи до повернення майна та порядок сум гонорарів та витрат на цю діяльність. Уряд може скористатися цією інформацією, щоб отримати кращі контрактні умови на надання таких послуг.

Уряд має переконатися, що у адвоката немає конфлікту інтересів. Наприклад, якщо юридична фірма потенційного адвоката представляє банк або іншого відповідача, який вважається посередником та може стати відповідачем у цьому провадженні, це може створити проблему. Більш того, деякі адвокати можуть просити виключного права представляти уряд-клієнта у справах про повернення майна та навіть права контролювати наймання всіх третіх сторін. Уряди мають остерігатися таких прохань, тому що це рідко буває у інтересах клієнта та може призвести до значного зростання витрат та навіть юридичних складнощів. Така «монополія» – є протилежністю командному підходу, який в довгостроковій перспективі, як правило, краще підходить для міжнародного повернення активів.

На етапі проведення інтерв'ю представник уряду та адвокат мають разом визначити найкращий можливий результат провадження та узгодити потенційні кроки для досягнення цього результату. Інколи юридичні фірми бажають включити безкоштовні послуги поза межами провадження про повернення активів, такі як навчання державних адвокатів. Якщо додаткові послуги пропонуються, вони мають бути визначені на цьому початковому етапі та письмово підтверджені у листі-угоді про надання послуг.

Уряд також повинен розуміти будь-які вимоги щодо розкриття інформації, які можуть застосовуватися до адвоката (наприклад, в Сполучених Штатах їх можуть попросити зареєструватися у уряді США агентами іноземного уряду із обов'язковою вимогою розкриття інформації про умови найму та будь-які повернені активи), а також будь-які наміри адвоката щодо розповсюдження інформації по даній справі. Наприклад, чи планує адвокат надавати інформацію

про справу на своїй Інтернет-сторінці, включати її до маркетингових матеріалів, що розповсюджуються серед інших клієнтів, або розміщати її у професійних виданнях адвокатів. Врешті-решт деякі аспекти, такі як умови оплати за послуги адвокатів, можуть стати частиною публічного документа у судових рішеннях або врегулюваннях. Тим не менш, більшість умов може обговорюватися, і держава, як клієнт, має намагатися отримати те, що вона хоче за кращу ціну, яка відповідає даному рівню якості (текстовий блок 2.2). Графіки в малюнках 2.1 та 2.2 ілюструють позитивні і негативні фактори, які є вирішальними при відборі адвоката.

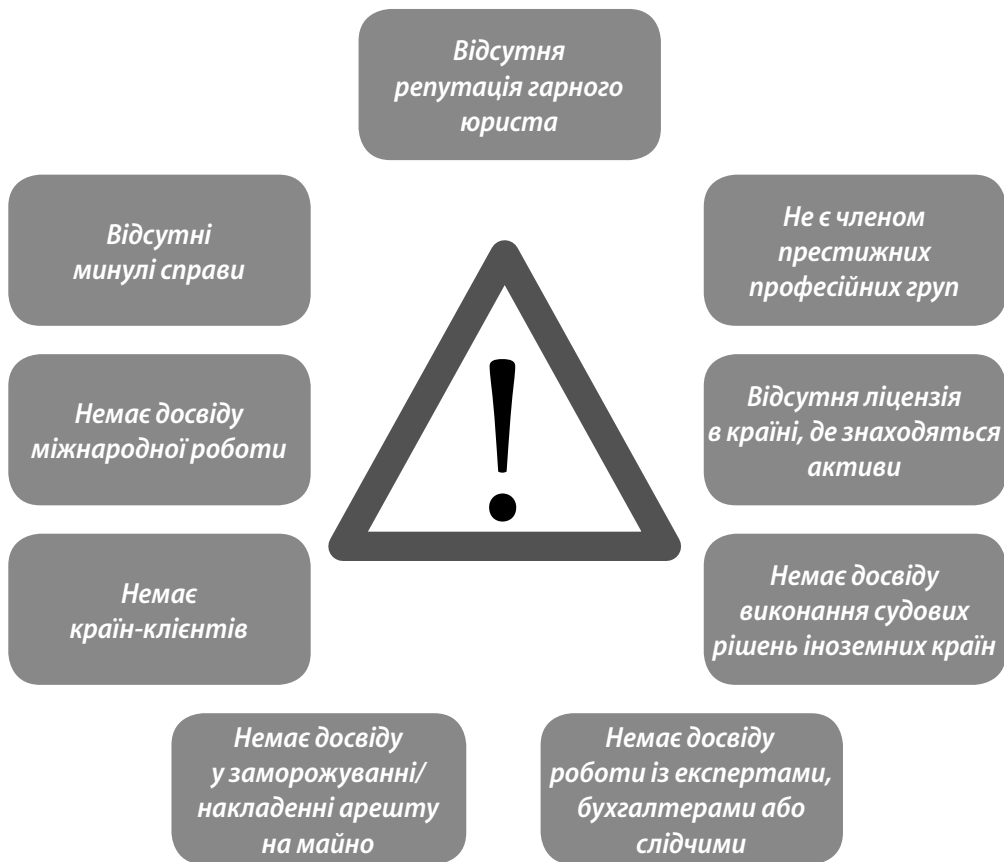
Коли адвокат відібраний, угода між адвокатом та урядом має бути якомога чіткішою стосовно умов оплати, вимог до звітності та рівня контролю, який уряд хоче мати над справою на кожному етапі провадження.

Текстовий блок 2.2 Визначення відповідного адвоката

- Рекомендації від інших урядів або агенцій, які подавали цивільні позови
 - Попередні успішні провадження щодо повернення майна
 - Рекомендації від інших країн, де відбувається провадження
- Інтернет-дослідження
 - Газети
 - Міжнародні організації
 - Рейтингові агентства
 - Членство у групах з питань повернення активів або антикорупційних групах
 - Доповіді і публікації потенційного адвоката з питань повернення майна
- Інтерв'ю
 - Загальне бачення справи потенційним адвокатом
 - Досвід
 - Відсутність потенційних конфліктів інтересів
 - Задовільні умови оплати послуг
 - Вимоги стосовно конфіденційності, публічності та розкриття інформації широкому загалу

Джерело: Світовий банк

Малюнок 2.1 Вибір адвоката – застереження



Джерело: Світовий банк

Б. Організація оплати послуг

При організації оплати послуг вимоги можуть бути різними для різних юрисдикцій. Наприклад, у деяких юрисдикціях не дозволено так звана оплата по результату, тобто оплата базується на відсотку від повернутих активів. Тому мають бути розглянуті декілька елементів, перш ніж уряд погодиться на умови оплати. Держави та урядові установи мають різні види умов оплати.

1. Міркування щодо варіантів організації оплати послуг

Перш ніж найняти адвоката, уряд та потенційний адвокат мають разом оцінити витрати стосовно конкретної справи. Це може бути складно: може бути незрозуміло, куди поділися активи, або яким чином вони могли бути сховані. Уряд може не знати про розмір вкрадених активів, або скільки корупціонери або їх родичі та партнери – протилежна сторона – бажають та можуть витратити, щоб зберегти ці активи. Попередні домовленості можуть залежати від того, що буде

Малюнок 2.2 Вибір адвоката – «Зелене світло»



Джерело: Світовий банк

знайдено протягом перших декількох тижнів розслідування. Однак, досвідчений адвокат повинен бути спроможним надати приблизний порядок витрат.

Після визначення адвоката сторони мають у письмовому вигляді узгодити прийнятні умови оплати. Організація умов і системи оплати може бути політично делікатною. Представники уряду повинні брати до уваги очікування виборців; жителі країни можуть справедливо гніватися через те, що гроші їх країни були вкрадені. Ситуація може бути політично чутливою, коли ви оголосите, що гроші були повернені, але значний відсоток поверненої суми піде на оплату послуг юристів, а не на потреби населення країни. Уряди мають допускати, що незважаючи на їх найкращі зусилля щодо збереження конфіденційності, інформація про умови оплати може стати публічною. Юрист може остерігатися, що зміна режиму або інші політичні події можуть зашкодити йому у отриманні обіцяної оплати.

Хоча для повернення активів існує багато мотивів, включно із забезпеченням того, щоб ніхто не міг отримати вигоду від своїх правопорушень, уряди мають

пам'ятати, що існує ризик витратити більше грошей на повернення активів, ніж вартість самих активів. Форма оплати послуг має враховувати це, дозволяючи відмовитися від продовження справи, якщо виявиться, що вона може стати дуже дорогою. По мірі просування провадження, уряд постійно має зважувати вартість провадження (понесені витрати та очікувані майбутні платежі) у порівнянні із можливими результатами. Деякі посадовці-корупціонери затягують справи про повернення активів, що робить їх дуже дорогими.

З цієї причини умови оплати можуть включати «поетапну» оплату, при якій оплата наступного етапу провадження буде залежати від досягнення згоди між представниками уряду щодо продовження справи на наступному етапі. Наприклад, початкові умови оплати можуть включати лише перші два тижні оцінки слабких та сильних сторін справи. Після етапу первинної оцінки уряд може погодитися перейти до наступного етапу, і так далі. На кожному етапі представник уряду повинен вимагати надання звітності відповідно до узгодженого бюджету. Додатково має бути узгоджена процедура обговорення перших ознак того, що бюджет може бути перевищений. Такий елемент контролю покращить також прозорість оплати та зменшить ризики подання адвокатами завищених рахунків.

При розробці структури оплати варто також розглянути можливе розширення сфери завдання поза однією справою. Потенційно відібраний адвокат може бути найнятий для роботи не лише по одній справі, але і для надання юридичних консультацій щодо стратегій повернення активів загалом, у одній або декількох юрисдикціях, навіть до прийняття рішення про подання конкретного позову будь-де. Така угода може бути також корисною у вирішенні питань щодо дуже термінових заходів, так як за певних обставин держава не матиме часу для проходження всіх етапів, необхідних для укладення контракту, якщо вона хоче вчасно вжити правових заходів.

В уряді має бути досягнута чітка домовленість щодо того, хто буде приймати рішення стосовно провадження, та чи мають бути якісь вимоги стосовно проведення консультацій або звітності про стан справ. На певних етапах може оприлюднюватися інформація про досягнення певного прогресу або його відсутність. Уряд може визначити стратегію роботи зі ЗМІ, з призначенням речником, якого завчасно будуть інформувати про результати роботи по справі, і його завданням буде надання відповідей на всі інформаційні запити ЗМІ.

На додаток до регулярних звітів, адвокат має підтримувати зв'язок на неформальній, частій та регулярній основі із призначеною контактною особою в уряді. Міністр фінансів чи міністр юстиції, зазвичай, не зможуть виконувати цю роль особисто, але повинні призначити особу із достатнім рівнем доступу та технічної кваліфікації в середині міністерства, яка буде контактною особою між урядом та адвокатом з питань повернення активів. Контактна особа в уряді повинна мати інформацію про будь-які події, пов'язані із політичною ситуацією, або про інші справи, які можуть вплинути на результати даної справи. Загалом, результати

по справах про повернення активів є кращими, коли уряд-клієнт бере активну участь в процесі та на регулярній основі спілкується із адвокатом. Спеціально призначена контактна особа забезпечує, щоб адвокат та уряд послідовно узгоджували цілі та засоби здійснення провадження (текстовий блок 2.3).

Текстовий блок 2.3 Міркування щодо варіантів організації оплати послуг

- Очікування виборців, громадськості та політичний контекст
- Початкова оцінка вартості послуг та витрат
- Співвідношення суми очікуваного повернення та витрат
- Звіт про хід роботи:
 - визначення проміжків часу та етапів, на яких необхідно готувати звіти
 - визначення контактної особи в уряді
 - регулярна переоцінка попереднього підрахунку вартості послуг та витрат
- Більш широкий спектр надання послуг державі

Джерело: Світовий банк

2. Варіанти організації оплати

Існує декілька основних варіантів організації оплати та безліч варіацій.

Погодинна оплата. «Погодинна ставка» означає ставку за годину роботи адвоката, помножену на кількість відпрацьованих годин. Це найбільш розповсюджена система оплати за ведення судового процесу. Деякі юридичні фірми пропонують «змішану» погодинну ставку, яка вираховується з погодинних ставок різних адвокатів, які вірогідно будуть працювати над справою. Більш досвідчені адвокати коштують дорожче. Однак, вони надають важливу оцінку і знання та можуть витрачати менше часу на виконання завдання. Більш того, вони можуть делегувати проведення юридичного дослідження молодшим, менш досвідченим адвокатам. Деякі юридичні фірми погоджуються на погодинну оплату, залежно від загального ліміту або верхньої межі оплати, якщо умови завдання суттєво не змінюються.

Фіксована сума гонорару. Фіксована сума гонорару означає, що адвокат та уряд точно вирішують, скільки буде заплачено адвокату за дану справу, або певний етап справи, незалежно від використаного часу або ресурсів. Хоча цей варіант є привабливим через уявну впевненість у розмірі оплати, здійснення оплати за фіксованою ставкою часто буває складним на практиці. Адвокати можуть недостатньо активно займатися справою, чого замало для досягнення успіху, або можуть спробувати переглянути вартість послуг у моменти, коли уряд буде у вразливій позиції через мінливі обставини.

Оплата по результату. У відповідності із домовленостями про оплату по результату адвокат не отримує оплати доти, доки активи не будуть повернені. Після повернення отримує певний, попередньо узгоджений відсоток повернених грошей. Застереження: перше, такі варіанти оплати не дозволені у багатьох юрисдикціях. Друге, уряди, зацікавлені у укладанні угоди на таких умовах, мають ретельно обмірковувати як визначити те, що має бути підставою для «винагороди за успіх», щоб можна було уникнути сплати у випадках, коли повернення сталося не в результаті роботи юриста, або якщо підстава з'явилася в майбутньому багато років по тому після закінчення співпраці із цим адвокатом. Наприклад, такого роду результати можуть виникати у справах про повернення майна, які включають паралельні кримінальні та цивільні позови. Останнє, враховуючи, що юрист отримує оплату однією помітною загальною сумою, уряди можуть постраждати від негативного висвітлення факту, що значна сума повернених коштів сплачується юристам.

«Змішана» система. Ця категорія включає будь-яку комбінацію систем оплати, описаних вище; такі комбінації часто використовуються у веденні судового процесу про повернення активів. Наприклад, адвокати, можливо, погодяться на зменшену погодинну ставку в обмін на її збільшення до стандартної ставки у разі повернення активів (див. текстовий блок 2.4).

Управління витратами при організації оплати

Вартість самих юридичних послуг не єдина стаття рахунку адвоката, який він виставить клієнту. Багато інших витрат – від витрат на фото-копіювання до витрат на відрядження, погодинної оплати праці допоміжного персоналу фірми, зокрема середній юридичний персонал, до різних інших статей витрат – можуть потребувати обговорення або принаймні мають бути з'ясовані на початку виконання завдання. Враховуючи, що такі витрати можуть швидко збільшуватися, найкращим буде від самого початку визначити, які інші витрати очікує адвокат, та за якими ставками вони будуть розраховуватися. Іншими словами, важливо мати уяву про всі витрати, пов'язані із судовим процесом, а не лише про вартість послуг.

Текстовий блок 2.4 Огляд типів оплати послуг

- Фіксована сума гонорару
- Погодинна оплата (може бути змішана погодинна оплата та найвища межа ставки може обмежуватися)
- Оплата по результату
- «Змішана» (наприклад, знижена погодинна оплата плюс невеличкий процент від повернутих активів)

Джерело: Світовий банк

Оплата послуг може бути організована таким чином, що витрати будуть обмежуватися конкретно щомісячною сумою, або сума перевищення визначених витрат має бути попередньо узгоджена (наприклад, витрати понад 10 000 доларів США можна здійснювати лише за умови отримання попередньої письмової згоди уряду). Сторони можуть узгодити політику щодо витрат на відрядження (наприклад, встановити ліміт або визначити клас відрядження, готелів та інше, та добових, якщо такі узгоджені). Відшкодування обґрунтованих поточних витрат буде здійснюватися лише за наявності достатньо детальних рахунків та документів, що підтверджують витрати. Уряд має забезпечити, щоб всі витрати із необхідними квитанціями були включені із необхідними деталями до рахунків адвоката, щоб уряд міг контролювати дотримання узгодженої системи оплати.

Так як справа може вестися у декількох юрисдикціях або через інші складності, адвокату, час від часу, може бути потрібно наймати треті сторони, такі як бухгалтери-криміналісти, приватні слідчі, або адвокати, що мають ліцензію у інших юрисдикціях. Умови оплати мають включати умови для таких дій. Наприклад, вони можуть визначати, що треті сторони не можуть бути залучені без попередньої згоди уряду, якщо вартість їх послуг та їх витрати будуть перевищувати визначену суму. Повинні проводитися консультації із урядом для визначення, чи він має зв'язки із іншими адвокатами, бухгалтерами-криміналістами, слідчими, які могли би виконати визначені послуги. Якщо ні, умови оплати можуть визначати, що має бути застосований конкурентний відбір та що будь-яка третя сторона, запропонована адвокатом, повинна буде розкрити будь-які потенційні конфлікти інтересів. Уряд може вимагати узгодження із ним обсягу робіт, який повинні виконати треті сторони, та умов їх залучення (включно із відповідною оплатою послуг та витратами), а також надання детальних рахунків на оплату третім сторонам понад узгоджену суму.

В. Судовий процес та фонди повернення активів

У деяких випадках, коли держава має обґрунтований позов, вартість цивільного судового процесу (включно із юристами, слідчими, експертами, бухгалтерами та іншими) є серйозною перешкодою до здійснення цивільного провадження. Більш того, держави підзвітні та мають обґрунтовувати використання потенційно незначних державних коштів на фінансування цивільного провадження щодо повернення вкрадених активів. Це може бути складно для держав, навіть в ситуаціях, коли оцінені витрати на провадження складають незначний відсоток вартості майна, щодо якого позиваються. В цьому контексті, «фінансування провадження» відносно новий механізм у поверненні активів та інших сферах, може стати привабливим варіантом.

Фінансування провадження – це механізм, за допомогою якого позивачі можуть фінансувати свої провадження та інші юридичні витрати через компанію третьої сторони, яка фінансує такі витрати. Дані «фонди фінансування провадження» – це в основному комерційні організації (переважно банки,

хедж-фонди та приватні інвестори), які фінансують, повністю або частково, юридичні витрати сторони провадження або арбітражного розгляду, в обмін на відсоток від вартості повернутих активів. Деякі неприбуткові організації також можуть управляти такими фондами. Фонди фінансування провадження фінансують лише провадження, які, на їх думку, мають шанс на успіх. Вони звертають увагу на такі показники, як вартість позову, орієнтовні витрати, сутність позову, вірогідність повернення та досвід команди юристів, що ведуть справу. Спонсори можуть також проводити аналіз юрисдикцій, в яких вірогідно будуть знайдені активи, та оцінювати перешкоди, які можуть виникнути в процесі повернення активів (тобто, положення національного законодавства про виконання судових рішень, політичні ризики та будь-які проблеми, пов'язані із бенефіціарним правом власності).³⁶ Ці взаємовідносини показані у вигляді діаграми на малюнку 2.3.

Однак, так чи інакше, уряди мають усвідомлювати ступінь впливу, який фонд фінансування провадження, а не уряд, може здійснити на розвиток певних аспектів провадження та схеми повернення активів. Працівники фонду фінансування провадження схильні долучатися до проваджень, які вони фінансують; вони проводять перевірку адвокатів та забезпечують відповідний досвід. Вони часто надають фінансування поетапно, притримуючи фінансування наступних етапів до з'ясування результативності попередніх етапів та розраховуючи ризик у порівнянні із вірогідністю успіху.

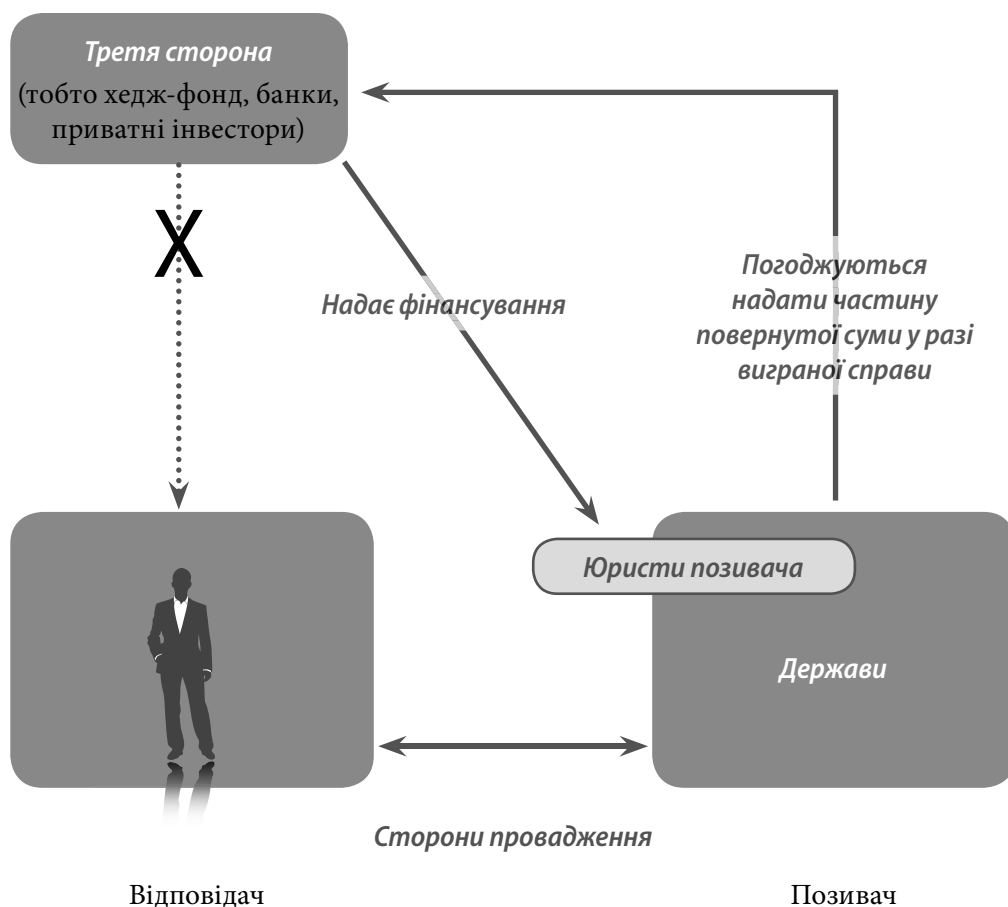
Представники уряду повинні розуміти, що, якщо керівник фонду фінансування провадження перестане вірити у вірогідність успішного повернення активів, фінансування може бути припинене. Протилежна точка зору уряду щодо ймовірності повернення активів не стане підставою для продовження фінансування справи. В той же час, спонсор зіткнеться із обмеженнями щодо можливості контролювати ведення судової справи, тому що адвокат має етичні зобов'язання перед державою-клієнтом. Коли хтось наймає адвоката, цей адвокат має зобов'язання ставити інтереси свого клієнта на перше місце і слідувати інструкціям клієнта, і тому, адвокат, призначений для ведення справи, все таки буде керуватися інструкціями уряду. Тим не менш, як зазначено вище, спонсор може припинити свою фінансову допомогу, якщо немає задовільних для нього результатів провадження. Якщо адвокат не отримує оплати, він припиняє роботу над справою та формально відстороняється від судового провадження.

Таким чином, незважаючи на те, що, на перший погляд, це може бути спокусливим, такий тип юридичного фінансування може нести із собою ризики. На додаток, залучення таких фондів може бути непрактичним, особливо зважаючи на можливі застереження ризику втрати репутації та неможливість управляти процесом. Представники уряду повинні, таким чином, розглядати політичні

³⁶ Інтерв'ю із Фондом фінансування провадження Harbour, фінансуюча компанія розташована в Лондоні, Сполучене Королівство, у Перешкоди у поверненні активів: Фінансування провадження це єдине рішення? [http://www.anticorruptionlaw.com/blog.aspx?entry=5025](http://www anticorruptionlaw.com/blog.aspx?entry=5025).

наслідки та проводити аналіз ефективності витрат, пов'язаних із цим варіантом, так як ці фонди фінансування провадження забирають ще один шматок повернутих вкрадених активів. Більш того, у деяких юрисдикціях звернення за допомогою до фондів фінансування провадження просто заборонене.

Малюнок 2.3 Комерційне фінансування судового провадження для держав у справах щодо повернення активів



Джерело: Світовий банк

Г. Допомога міжнародних організацій

Деякі міжнародні організації можуть запропонувати допомогу у фінансуванні. Наприклад, Африканський механізм надання юридичної підтримки (ALSF), розташований в Африканському банку розвитку, надає допомогу африканським країнам у підвищенні їх юридичних знань, а також надає їм фінансування для отримання юридичної підтримки від найкращих юридичних радників в цій сфері. Членство в ALSF відкрите для всіх суверенних країн та міжнародних організацій. До складу цієї організації зараз входить 52 члени, які включають 47 країн та п'ять міжнародних організацій. Наприклад, ALSF надавала підтримку уряду Тунісу у найманні адвокатів та покритті частини витрат на цивільне та кримінальне провадження щодо повернення активів, які були розпочаті після падіння режиму колишнього президента Бена Алі.

Ініціатива повернення вкрадених активів або StAR, партнерство групи Світового банку та управління Організації Об'єднаних Націй по боротьбі із наркотиками та злочинністю (UNODC), надає значну підтримку у міжнародній діяльності з повернення коштів, вкрадених в результаті корупційних дій. StAR працює з країнами, що розвиваються, та фінансовими центрами з метою запобігання відмиванню доходів від корупційної діяльності та сприяння більш систематичному та своєчасному поверненню вкрадених активів.³⁷ Хоча вона не пропонує фінансування та не надає послуг в процесі цивільного провадження, до StAR можна звертатися за допомогою та консультаціями в рамках її мандату.

³⁷ Див. інтернет сторінку ініціативи StAR , <http://star.worldbank.org/star/>.

3. Вибір судового органу: куди подавати позов?

Насамперед, країни мають визначитися, де подавати позов, так як цей фактор може бути визначальним стосовно того, яких юристів наймати (на основі місцевого досвіду), чи призведе цивільний позов до практичного повернення активів, та як швидко можна буде подати позов. Країни та їх радники мають швидко та якомога раніше прийняти рішення щодо місця подання позову. Це рішення дуже важливе, і вибір юрисдикції є таким же вирішальним як вибір типу позову, або «підстави для позову» юридичною мовою. Минулий досвід вказує, що в багатьох випадках основні фактори, які необхідно розглянути, це: де знаходяться активи та, де відповідачі мають контакти. Як описується нижче, інші елементи, такі як законодавство якої країни буде застосовано та інші незавершені цивільні або кримінальні позови, також відіграють свою роль.

А. Де знаходяться активи, та де відповідачі мають контакти?

Повторимо, місце подання позову дуже важливе для потенційних позивачів. Зважаючи можливі варіанти, важливо брати до уваги ряд факторів. Як ми побачимо, значний вплив на рішення про місце подання позову буде мати місцезнаходження активів, отриманих в результаті кримінальної діяльності. Загальний аналіз включає наступне: Чи має суд юрисдикцію? Чи існують будь-які багатосторонні або двосторонні угоди, які забезпечують отримання доказів? Чи матимуть відповідні країни бажання надавати юридичну підтримку у врученні документів по позову, збиранні доказів та виконанні судових рішень?

Перш ніж подавати позов, держава, яка потерпіла, має дізнатися чи має суд, куди вони збираються подавати позов, юрисдикцію.³⁸ Поняття юрисдикції означає повноваження приймати рішення по певному питанню та пред'являти повноваження щодо певних осіб та речей. Юрисдикцію можуть мати більш ніж один суд. Визначення місця подання позову буде обмежене тим, які суди у яких країнах мають такі повноваження. Щоб здійснювати ці повноваження та видавати обов'язкові до виконання рішення, суд повинен мати юрисдикцію щодо предмету позову (також відому як правоздатність) або *предметну* підсудність стосовно майна та персональну юрисдикцію, тобто здатність визнавати права

³⁸ Жан-П'єр Брун, Клайв Скотт, Кевін М. Стівенсон та Ларісса Грей, Довідник з питань повернення активів: Практичний посібник для фахівців-практиків (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011 рік), 29, <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>.

залучених осіб та майна.³⁹ На додаток, навіть там, де ці вимоги дотримані, можуть бути обмеження стосовно того, чи є цей суд відповідним місцем, так званим «форумом» для подання позову, чи може інше місце буде більш відповідним. Суди можуть неохоче заявляти юрисдикцію над відповідачами без можливості вирішити справу в суді. Справа, що обговорюється в текстовому блоці 3.1, демонструє застосування деяких із цих принципів.

Загалом, позов може подаватися у місцях, пов'язаних із подіями, особами та майном, щодо яких стосується цей позов. Зв'язки не мають бути широкими та інколи називаються «мінімальні контакти».⁴⁰ На додаток, суд має визнати доцільність подання позову саме в цьому місці. Обґрунтування даних обмежень полягає в тому, що неупередженість визначає, що проти особи не може бути відкрите провадження у, місці із яким у неї немає жодних зв'язків, так як це призведе до надзвичайних витрат та незручностей для цієї особи. У діаграмі на малюнку 3.1 описуються різноманітні міркування.

Хоча правила відрізняються у різних юрисдикціях, загалом суди мають повноваження розглядати справи про корупційну діяльність, що призводить до грошових збитків, якщо

- відповідач проживає там або має постійний бізнес;
- відповідач добровільно погодився на юрисдикцію цього суду (наприклад, на підставі домовленості сторін);
- корупційній дії відбувалися в цій місцевості;
- доходи, отримані від корупційної діяльності, що розглядається, знаходяться або відмивалися на даній території;
- договір виконувався на цій території.⁴¹

Давайте далі розглянемо деякі приклади застосування цих принципів. На практиці, у більшості юрисдикцій, проти особи може відкриватися провадження у місці, де вона проживає. Наприклад, в Європейському Союзі (ЄС), юрисдикція існує в країні ЄС, в якій відповідач постійно проживає, незалежно від її або його громадянства.⁴²

³⁹ Для забезпечення персональної юрисдикції, відповідач має бути відповідним чином повідомлений про провадження. Якщо відповідач у справі про корупцію ухиляється від отримання повідомлення, суд може видати повідомлення його юристам або агентам. Приклади включають справи Абача та Даріє, які велися в Сполученому Королівстві проти відповідачів із Нігерії. Див. публікацію Марка Пейса., Повернення вкрадених активів (Берн: Пітер Ланг, 2008), 249. Якщо відповідач повідомлений належним чином, але ігнорує провадження, рішення на користь держави може бути прийняте дуже швидко.

⁴⁰ Пейс, Повернення вкрадених активів, 246 (висновки щодо того, що суди Сполучених Штатів та Європи зазвичай «зважають на претензії щодо правомірності юрисдикції у справах про корупцію» та приймають до розгляду у своїх юрисдикціях справи із незначними зв'язками).

⁴¹ Теодор С. Гінберг, Лінда М. Самуель, Вінгейт Грант, та Ларисса Грей (StAR), Посібник з кращого досвіду повернення вкрадених активів – конфіскація поза кримінальним провадженням (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2009), 122, обговорення судів Сполученого Королівства.

⁴² Див. нову статтю Регламенту Європейського Парламенту та Ради, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 1215/2012 від 12 грудня 2012 року, яка набуде чинності 10 січня 2015 року.

Текстовий блок 3.1 Судова справа щодо активів, розташованих в Сполученому Королівстві, та відхилення доводів, що країна громадянства посадовця є більш відповідним місцем: Федеральна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство)

З травня 1999 року по травень 2008 року Джошуа Даріє був губернатором штату Плато у Федеративній республіці Нігерія. Під час його правління Даріє, за твердженням, привласнив більше, ніж 11,9 мільйонів доларів США. Нігерія дізналася, що частина грошей була витрачена на купівлю нерухомості в Лондоні, а інша частина була спрямована на банківські рахунки у Сполученому Королівстві та Нігерії.^a Даріє пішов з посади в 2006 році.

В 2005 та 2007 роках у Сполученому Королівстві Федеративна республіка Нігерія подала два цивільні позови з метою конфіскації незаконно отриманих активів Даріє. Згодом позитивний вирок суду був прийнятий по обох справах.^b У справі Федеральна республіка Нігерія проти Даріє та інших, Даріє оскаржив юрисдикцію суду, стверджуючи, що Нігерія була би більш відповідним форумом. Суд відхилив претензію Даріє з трьох основних причин.

Перше, затримки та недостатня сумлінність зі сторони Даріє. Суд визнав, що його клопотання було тактикою затягування справи, а не проявом доброго наміру. Суд відмітив, що хоча Даріє через своїх адвокатів просив перенести судовий процес у Нігерію, ніхто не знав про місце його знаходження, та вважалося, що він переховується від нігерійської влади.^c У зв'язку з цим виникли сумніви, що його клопотання було висунуте з добросовісними намірами. Суд зазначив, що видається дивним те, що Даріє попросив перенести провадження до Нігерії, де, за його власним твердженням, йому загрожує особиста фізична небезпека.^d

Другою причиною було місцезнаходження свідків. Даріє стверджував, що, за законом, провадження проти нього має вестися в Нігерії, тому що багато свідків зможуть дати усні свідчення лише в Нігерії. Суд відхилив це заперечення на підставі того, що не була доведена неможливість доставляння свідків з Нігерії.^e

Третя причина стосувалася виконання кінцевого рішення суду. Суд вивчив питання щодо складності виконання рішення нігерійського суду стосовно банківських рахунків в Англії.^f Суд дійшов висновку, що нігерійський суд не зможе отримати згоду англійських банків на розкриття інформації, і тому Сполучене Королівство є відповідним форумом.^g

Текстовий блок 3.1 Судова справа щодо активів, розташованих в Сполученому Королівстві, та відхилення доводів, що країна громадянства посадовця є більш відповідним місцем: Федеральна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство)

Під час провадження Нігерії вдалося отримати ухвалу суду в Сполученому Королівстві щодо розкриття Нігерії інформації, зібраної Сполученим Королівством під час кримінального розслідування, коли влада не мала заперечень та підтвердила, що таке розкриття не зашкодить їх розслідуванню.^h

Примітка: Федеральна республіка Нігерія проти Даріє та інших 2007 WL 919418, at § 16.

- a. Інформаційний центр з питань повернення активів, Джошуа Чібі Даріє, <http://www.assetrecovery.org/kc/node/44186379-8580-11dd-81c3-399112e3d573.9>.
- b. Ibid., <http://www.assetrecovery.org/kc/node/44186379-8580-11dd-81c3-399112e3d573.4>.
- c. Ibid. at §15.
- d. Ibid.
- e. Ibid. at § 8.
- f. Ibid. at § 9.
- g. Ibid. at §13.
- h. Див. публікацію Марка Пейха, ред., Повернення вкраденого майна, Базельський Інститут врядування (Берн: Пітер Ланг, 2008), 252.

Малюнок 3.1 Міркування про те, де подавати позов



Джерело: Світовий банк

Дуже важливо, що в деяких юрисдикціях провадження може бути відкрите проти особи у місці, де знаходяться її активи – майно, що їй належить, або яке вона контролює, особливо якщо це майно є предметом розгляду судової справи. Європейський Союз надає гарний приклад позовів на підставі майна, які йдуть навіть далі і дозволяють виключну підсудність, незалежно від постійного місця проживання сторін, судам країн-членів, у яких знаходиться нерухоме майно, або орендується нерухомість.⁴³

Якщо рішення суду отримане у місці знаходження активів, то буде просто накласти арешт на ці активи, або, можливо, отримати рішення суду на отримання активів на еквівалентну суму із власних активів відповідача. Суди часто мають юрисдикцію, інколи виключну там, де розташована нерухомість, яка є предметом спору.⁴⁴ Наприклад, у цивільних позовах проти колишнього президента Замбії Чілуби та його партнерів, описаних нижче у текстовому блоці 3.2, наявність відповідних банківських рахунків в Лондоні стала впливовим фактором на користь подання позову в Сполученому Королівстві. Крім того, багато відповідачів втекли із Замбії.

Текстовий блок 3.2 Успішні цивільні позови в Сполученому Королівстві, де знаходилися та відмивалися кошти: судова справа Фредеріка Чілуби (Замбія)

Дана справа обговорювалася в текстовому блоці 1.9, глава 1, у зв'язку із справами Замбії притягнути до відповідальності юридичні фірми за приховування доходів від корупційної діяльності. Хоча ця частина провадження була повністю неуспішною, інший позов проти Чілуби та його партнерів призвів до значного повернення активів.

Як відмічалось, Чілуба залишив посаду в 2002 році. В лютому 2003 року проти нього в Замбії висунули кримінальне звинувачення – як і проти його колишнього керівника розвідки, Хав'єра Чунгу, та декількох посадових осіб – по 168 пунктах зловживань та відмивання державних коштів на суму понад 40 мільйонів доларів США. Заяви включали активи, які були переведені з Міністерства фінансів на рахунки Лондонської філії Національного комерційного банку Замбії (Zanaco). Уряд Замбії стверджував, що рахунок використовувався для покриття власних витрат Чілуби, а відповідач стверджував, що рахунок використовувався службою розвідки Замбії для фінансування операцій за кордоном.^a Згодом Чілуба був виправданий у кримінальній справі.

⁴³ Див. Статтю 22 Регламенту (ЄС) № 44/2001 або Регламенту Брюсселя I, із доповненою новою Статтею Регламенту Європейського Парламенту та Ради, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) №1215/2012 від 12 грудня 2012 року, яка набуває чинності 10 січня 2015 року. Це положення не зазнало ґрунтовних змін. Стаття 24 просто надає більш вичерпне визначення того, що існує правило виключної юрисдикції включає позови, незалежно від місця постійного проживання сторін, тоді як до цього там вказувалося «незалежно від постійного місця проживання».

⁴⁴ Наприклад, див. правовий режим Брюсселю щодо визнання та виконання судових рішень по цивільних та кримінальних справах Стаття 22 Регламент ЄС № 44/2001 або Регламент Брюсселя I, який незабаром буде доповнено новою Статтею 24 проекту Регламенту Європейського Парламенту та Ради, що вносить поправки до Регламенту (ЄС) № 1215/2012 від 12 грудня 2012 року, яка набуває чинності 10 січня 2015 року.

Текстовий блок 3.2 Успішні цивільні позови в Сполученому Королівстві, де знаходилися та відмивалися кошти: судова справа Фредеріка Чілуби (Замбія)

В 2004 році, в Сполученому Королівстві, генеральний прокурор Замбії, від імені Республіки Замбія, подав цивільний позов проти Чілуби та 19 його партнерів з метою повернення сум, які були перераховані Міністерством фінансів у період з 1995 по 2001 роки. За твердженням, ці гроші були перераховані в рахунок сплати заборгованості уряду. Генеральний прокурор Замбії визнав, що певна сума коштів була насправді використана для цієї цілі, але більша частина ні.^b В 2007 році суд Великобританії визнав Чілубу та його співвідповідачів винними у привласненні 46 мільйонів доларів США. Таким чином, Замбія виграла відшкодування значної суми шкоди.

Висування позову в Лондоні мало певні переваги через близький зв'язок активів та відповідачів із Лондоном. Значна частина нібито вкрадених грошей була переведена через або трималася на рахунках в Лондоні.^c Більша частина коштів, виведених із Замбії, проходила через юридичні фірми та банківські рахунки в Сполученому Королівстві.^d На додаток, декілька окремих відповідачів мали тісні зв'язки із Лондоном.^e Нарешті, рішення суду були легко та негайно виконані без будь-яких інших правових заходів.

Примітка: Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care & Desai (фірма) та інших.[2007], EWHC 952 (Ch), 1 параграф. Більше інформації про правові норми у цій справі ви можете отримати у текстовому блоці 1.9 в главі 1 (справа щодо змови Zamtrop).

- a. Інформаційний центр з питань повернення активів, Фредерік Чілуба, <http://www.assetrecovery.org/kc/node/4ec2e572-cd77-11dc-b471-dbd7db47931e5.108>.
- b. Ibid.
- c. Ibid. at § 8.
- d. Жан-П'єр Брун, Клайв Скотт, Кевін М. Стівенсон та Ларисса Грей, Довідник з питань повернення активів: Практичний посібник для фахівців-практиків (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011 рік), 29, <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>.
- e. Ibid., 16.

Відповідачі можуть оскаржити юрисдикцію суду, так як це одна із найперших можливостей припинити судовий розгляд. В деяких випадках, хоча суд має повноваження провадження по справі, він може відмовитися її розглядати з причин, пов'язаних із міжнародним імунітетом посадових осіб, або з міркувань «розсудливості»⁴⁵.

Як зазначалося вище, справа має бути закрита, якщо суд не має персональної або певної юрисдикції по цивільній справі. З одного боку, відповідачі будуть часто оскаржувати, що вони не мають зв'язків із місцем знаходження суду. З іншого боку, якщо сторона не з'являється до суду або оскаржує позов, держава-позивач може отримати заочне рішення суду на свою користь. Наприклад, в текстовому блоці 3.3 описані обидва ці випадки.

⁴⁵ Див. обговорення щодо *forum non conveniens* у примітці 9, стосовно справи Piper Aircraft.

Текстовий блок 3.3 Заочне рішення суду на користь позивача проти одного відповідача та рішення суду на користь відповідача через брак персональної юрисдикції проти інших в судах Сполучених Штатів: Укрвакцина (українська юридична особа у державній власності) проти Olden Group, LLC та Interfarm, LLC

В 2010 році Укрвакцина, українська компанія у державній власності, подала цивільний позов до федерального суду США стверджуючи, що дві компанії, Interfarm та Olden Group, вступили у змову з метою завищення ціни для позивача на мільйони доларів в процесі закупівлі вакцин шляхом шахрайства, відмивання грошей та інших кримінальних дій. Державна компанія вимагала відшкодування збитків в розмірі 26 мільйонів доларів США.^a

Відповідач Olden Group LLC, американська компанія, не з'явилася до суду. В 2011 році суд виніс заочне рішення на користь Укрвакцини та присудив Olden Group відшкодувати 59 мільйонів доларів США, плюс післясудовий відсоток, до моменту виплати основної суми.^b

Однак стосовно іншого відповідача, Interfarm, суд відхилив позов, винісши рішення, що суд не має персональної або певної юрисдикції над українською компанією.

Примітка: Укрвакцина проти Olden Group, LLC, справа № 6:10-cv-06297-AA (D. Ore.), Заключення та розпорядження, та рішення суду, зареєстровані 30 жовтня 2011 року.

- a. Укрвакцина проти Olden Group, LLC, справа № 6:10-cv-06297-AA (D. Ore.), скарга зареєстрована 17 вересня 2010 року.
- b. Ibid., рішення суду від 8 червня 2011 року. Укрвакцина проти Olden Group, LLC, Справа № 6:10-cv-06297-AA (D. Ore.), заочне рішення суду проти відповідача Olden Group, LLC, зареєстроване 9 червня 2011 року.

На додаток, відповідачі можуть оскаржити юрисдикцію на підставі, що інший суд є більш відповідним форумом, на латині це називається *forum non conveniens*.⁴⁶

Легкість виконання судового рішення – це фактор, який сприяє отриманню згоди суду на розгляд справи, як показано в обговоренні рішення по справі *Дарійє*, що зазначена вище. В протилежному випадку, коли особа не має активів в юрисдикції, в якій подано позов, позивачу може бути необхідним подати рішення суду до судів в іншій юрисдикції та просити про виконання рішень першого суду. Зазвичай це набагато складніше та дорожче.⁴⁷

⁴⁶ Верховний Суд Сполучених Штатів визнав цю норму у справі *Piper Aircraft проти Reyno*, 454 U.S. 235, 250 (1981), винісши рішення, що суд Сполучених Штатів може відмовитися від здійснення судочинства у справі, по якій іноземний трибунал може здійснити провадження більш ефективно.

⁴⁷ Див. главу 8, «Виконання та стягнення за судовими рішеннями».

За умови існування юрисдикції завжди існує можливість досягти угоди про врегулювання із відповідачами. Багато відповідачів захочуть закрити провадження та можуть погодитися сплатити значні суми, щоб вирішити справу. У багатьох випадках, сторони, що мають суперечку, оберуть варіант вирішення справи до або під час судового провадження. У обох сторін, зазвичай, є серйозний стимул до врегулювання справи: уникнення витрат (таких, як гонорар юристів та експертів свідків), час, невизначеність та стрес, пов'язаний із судом; можливість отримання більш м'якого покарання в паралельному кримінальному провадженні або запобігання умовному засудженню або ув'язненню; та збереження певного контролю над сумою кінцевого судового рішення.⁴⁸ Влада має переконатися, що мирова угода не містить відмову від майбутніх позовів стосовно активів, які не були повністю розкриті на момент укладання угоди. Справа описана в текстовому блоці 3.4 – це ілюстрація.

Текстовий блок 3.4 Виграш значної суми через мирову угоду в Сполучених Штатах: Alba проти компанії Alcoa (Сполучені Штати)

В 2008 році, Alba, яка є державною компанією в Бахреїні, що відповідає за закупівлі алюмінію, подала позов проти компанії Alcoa до федерального суду США. Звинувачення засновувалося на підставі, що Alcoa була залучена до схеми хабарництва з метою отримання привабливих контрактів із Бахреїном. Alcoa використовувала фіктивні компанії, щоб отримувати більші платежі за алюміній від Alba, а потім використовувала частину цих платежів для сплати «відкатів», включно із платежами членам королівської сім'ї Бахреїну. В 2012 році, Alcoa заплатила бахреїнській державній компанії Alba 85 мільйонів доларів США з метою вирішення справи без судового розгляду.

Примітка: Alcoa прийняла та підтвердила цю мирову угоду на своїй Інтернет-сторінці: http://www.alcoa.com/global/en/news/news_detail.asp?pageID=20140109000182en&newsYear=2014.

Б. Подальші міркування

Навіть якщо суд погодиться прийняти юрисдикцію, необхідно розглянути наступні питання. Вони включають вибір застосовного законодавства; існування інших незавершених кримінальних або цивільних справ; ризик втрати імунітетів; і можливість арбітражного розгляд цих позовів.

⁴⁸ Див. публікацію StAR, Дж. Одур, Ф. Фернандо, А. Флах, Д. Готвальд, Ж. Хоч, М. Матіас, Дж. Парк та О. Стоппе, Залишені поза угодою: Мирові угоди по справах про хабарництво та їх значення для повернення активів (Вашингтон, округ Колумбія Світовий банк, 2013).

Вибір законодавства

Законодавство стосовно певних питань може значно відрізнятись у різних країнах. Важливим фактором може бути подання позову у країні із більш сприятливим законодавством, так як це може бути визначальним для успіху або програшу по вашому позову. Однак, навіть якщо суд прийме юрисдикцію по справі, це не означає що суд обов'язково застосовуватиме законодавство своєї країни. Суд може вирішити, що іноземне законодавство є застосовним до цієї справи, що може мати вирішальне значення для результату, як показано в текстовому блоці 3.5.

Текстовий блок 3.5 Суд застосовує менш сприятливе іноземне право: Fiona Trust проти Дмитра Скарги та інших (Сполучене Королівство)

Російська транспортна компанія подала позови проти своїх колишніх працівників, що обіймали керівні посади, до судів Сполученого Королівства за укладення певних нечесних угод на перевезення, які суперечили інтересам довірителя. Стверджувалося, що два колишніх співробітника отримали хабарі.

Питання полягало в тому, чи буде застосовним російське, чи англійське законодавство. Якби суд вирішив, що застосовним є російське право, тоді позови стосовно хабарництва були б невдалими, тому що за російським законодавством хабарі не можливо повернути, якщо позивач не може продемонструвати будь-які збитки (тому що відсутній принцип врахування прибутку). Однак, якби суд застосував англійське право, була б беззаперечна презумпція, що угоди були укладені в результаті отримання хабара і подальша беззаперечна презумпція, що це призвело до збитків, принаймні у розмірі хабара. В суді першої інстанції, між іншим, суддя визнав, що хабарі були сплачені на суму приблизно 350 000 доларів США, але тому, що було застосоване російське право, суддя відхилив цю частину позову.

Апеляційний суд переглянув позицію щодо застосування російського або англійського законодавства та підтвердив вибір російського права, що призвело до програшу компанії. Апеляційний суд поклався на Міжнародне приватне право (Miscellaneous Provisions Act 1998), цитуючи ряд факторів, що вказують на російське право, як застосовне право, включно із місцем здійснення правопорушення та понесення збитків. В цій справі всі елементи цивільного правопорушення відбувалися в Росії, особливо пропозиція та узгодження хабара. Факт застосовності російського права був фатальним для цієї частини позову.

Примітка: Fiona Trust & Holding Corp. & Ors. проти Дмитра Скарги та інших. [2013] EWCA Civ 275 (26 березня, 2013 року).

Інші кримінальні позови, що розглядаються

На вибір місця подання цивільного позову може також впливати місце подання кримінального позову, який вже розглядається. Якщо відповідач вже переслідується в кримінальному порядку, суди цієї країни можуть стати додатковим варіантом для подання цивільного позову.⁴⁹ В деяких юрисдикціях, однак, розгляд цивільного позову може бути призупинений до завершення кримінальної справи.⁵⁰

Паралельно, в юрисдикціях цивільного права, якщо кримінальна справа знаходиться в процесі розгляду, «потерпіла держава» може мати право брати участь як цивільна сторона у кримінальному провадженні, та може використати цей шлях, як засіб для висування позову за матеріальну шкоду.⁵¹

Інші цивільні позови, що вже розглядаються

Подання позову може обмежити варіанти подання позовів в майбутньому проти тих самих сторін. У випадку подання другого позову у тій самій справі, тими самими сторонами у іншому суді, інші суди можуть передати справу на розгляд до першого суду та відхилити другий позов. Цей принцип закладений в Статті 21 Регламенту Брюссель I, де зазначено «у випадках, коли провадження, яке стосується тієї самої підстави позову між тими самими сторонами подається до судів інших держав-учасниць, будь-який суд, окрім першого суду, до якого був поданий позов, мають відмовити у здійсненні судочинства на користь цього першого суду».⁵²

Взаємодія місцевого та міжнародного проваджень

Доцільним може бути розглянути варіант іноземних судів при визначенні судового органу. У разі, якщо кримінальна процедура в місцевому суді займає багато часу, цивільний позов у юрисдикції, де знаходяться активи (або навіть участь у якості цивільної сторони у кримінальному провадженні за кордоном), може бути єдиною можливістю повернути майно, особливо, якщо запит про взаємну правову допомогу по місцевій кримінальній справі навряд чи буде успішним. На додаток, в деяких юрисдикціях, з демократичною перехідною владою, міс-

⁴⁹ У відповідності до Статті 5, параграфу 4 Регламенту Брюсселя I, особа може подавати цивільний позов про відшкодування та повернення шкоди на підставі дій, що також стали підставою для порушення кримінального провадження, в суді, де розглядається кримінальна справа, за умови, якщо суд має юрисдикцію в межах власного законодавства здійснювати цивільні провадження, якщо відповідач має постійне місце проживання у будь-якій країні, що є стороною Конвенції.

⁵⁰ Див. главу 4, підзаголовок «Цивільні позови засновані на кримінальних позовах».

⁵¹ Див. Главу 1, підрозділ «Держави та урядові установи, як цивільні сторони у кримінальному провадженні», та главу 4, «Цивільні позови на основі кримінальних позовів».

⁵² Луганська конвенція про підсудність та виконання судових постанов по цивільних та торгових справах, OJ L 339, 21.12.2007 (88/592/ЕЕС, 1988) має подібне положення в статті 27.

цева влада може бути неспроможною підготувати відповідний запит на надання взаємної правової допомоги з метою повернення активів з закордону через брак доказів проти колишніх високопосадовців. Проте, правоохоронні органи в юрисдикціях, де знаходяться активи, як правило, можуть порушити кримінальну справу проти тих самих осіб, на основі банківських звітів та інших доказів, зібраних в цих юрисдикціях. В таких випадках, участь в якості цивільної сторони у іноземному суді може допомогти державі, яка потерпіла, зібрати докази, необхідні для подальшої підготовки запиту про надання взаємної правової допомоги.

Коли юрисдикція є виключною

Рішення подати цивільний позов за кордоном має відповідати внутрішнім правилам стосовно здійснення судочинства місцевими судами. Це рішення не повинне суперечити застосуванню виключної юрисдикції місцевими судами, де цього вимагає внутрішнє законодавство. Таке порушення, як правило, не матиме жодних наслідків у іноземному суді (оскільки він лише оцінює свої підстави для здійснення юрисдикції), але виконання майбутнього рішення в юрисдикції країни, що потерпіла – за необхідності – можливо буде відхилене.

Суверенний імунітет та ризик потенційних зустрічних позовів

Інший цікавий елемент, який необхідно брати до уваги при підготовці держави та уряду до цивільного провадження у іноземній юрисдикції, – це ризик отримання зустрічних позовів, що виникають із тих самих правових взаємовідносин або фактів основного позову. Принцип, що проти суверенної держави не можна висувати позов у судах іноземних держав, – це загальноприйняте правило в рамках звичайного міжнародного права. Однак, імунітет від підсудності в державі судового органу дуже рідко є абсолютним. Держави можуть відмовитися від свого імунітету або погодитися на позов. Вони можуть робити це відкрито, приймаючи законодавство, або в порядку презумпції, користуючись своїм правом на подання позову.⁵³ В такій ситуації, подання позову анулює певні імунітети. Проблема можливих зустрічних позовів виникає на місцевому рівні, але є навіть більш релевантною, коли вибір судового органу включає іноземну юрисдикцію. Таким чином, вибір іноземної юрисдикції та наступне зменшення або відхилення імунітету у іноземній юрисдикції, мають бути ретельно обмірковані та вирішені компетентною владою в країні, що позивається (потерпіла).⁵⁴

⁵³ Див., наприклад, в Сполучених Штатах, Закон про імунітет іноземних суверенних об'єктів права 1976 року.

⁵⁴ В Бразилії, наприклад, таке рішення приймається генеральним прокурором союзу, який надає президенту республіки повноваження щодо надання дозволу на участь Бразилії у судових провадженнях в іноземних державах (Постанова № 7.598/2010).

Місця врегулювання спорів, окрім судів

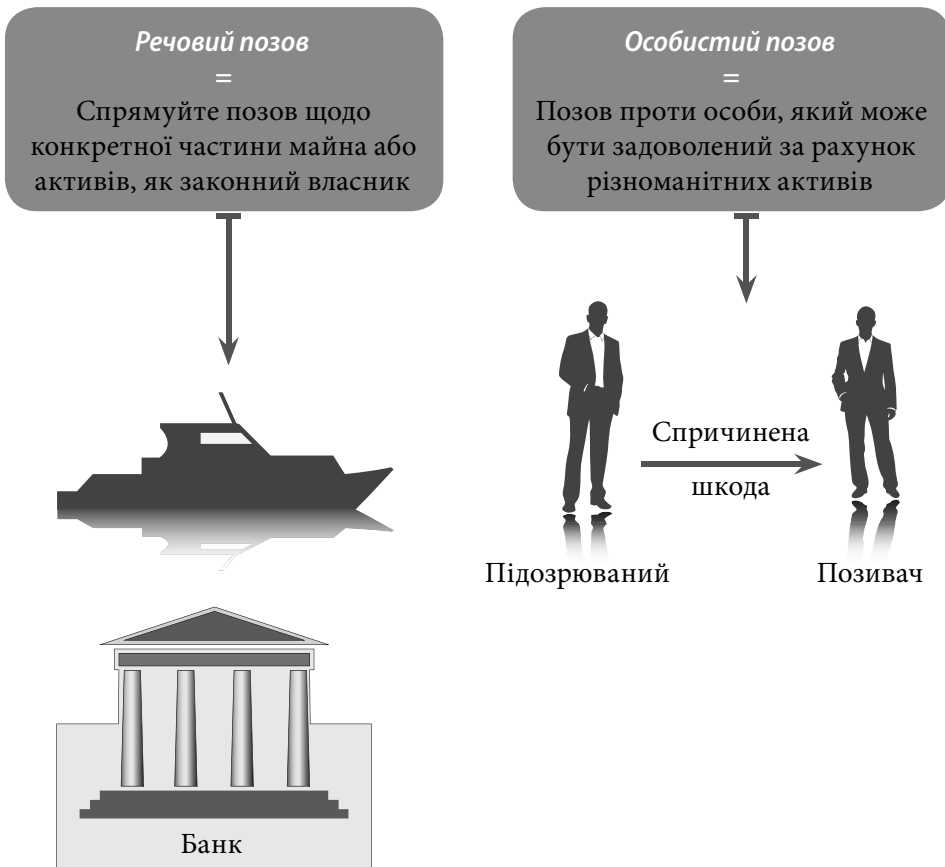
Щоб завершити обговорення місць врегулювання спорів стосовно державних контрактів, необхідно відмітити, що положення про арбітраж можуть бути включені до контракту, який стосується іноземних інвестицій. В таких випадках необхідно розглядати іншу можливість, яка, ймовірно, виникне у ситуаціях, де держава анулює контракт та відмовляється платити на підставі підозри у корупції. Після цього сторони можуть побажати або бути зобов'язаними врегулювати спір поза судом за допомогою процесу, який називається арбітраж.⁵⁵ Арбітражне провадження стосовно міжнародних контрактів, що отримані в результаті сплати хабара або надання незаконних переваг посадовцям-корупціонерам, може відкрити гарні перспективи, включно із анулюванням контрактів та можливими позовами про правопорушення та відшкодування збитків. Приклади спорів, які виникають за міжнародними інвестиційними контрактами, обговорюються пізніше у цій книзі, включно із обговореннями в текстовому блоці 4.7, в главі 4, стосовно *справи компанії World Duty Free Limited проти республіки Кенія* (2006), текстовому блоці 7.4, в главі 7, стосовно *справи Cameroon Airlines проти Transnet Ltd.* (2003).

⁵⁵ Арбітраж – це процедура у якій сторони погоджуються вирішити спір через подання його на розгляд одній чи декільком приватним особам, які не мають фінансового інтересу в результаті вирішення спору. Арбітраж може застосовуватися, коли у міжнародному контракті є положення про арбітраж або, якщо двостороння інвестиційна угода надає підґрунтя для інвестиційного арбітражу. Більшість двосторонніх інвестиційних угод визначають або обов'язкові механізми вирішення спорів, або передбачають звернення до міжнародного арбітражу при Міжнародному центрі з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID).

4. Типи позовів

Держава-позивач має вибір правових норм, на яких базуються її позови. Держава може подати або речовий позов, з метою здійснення своїх майнових прав щодо певних визначених активів, або *особистий* позов проти певної фізичної або юридичної особи з метою відшкодування збитків або повернення активів (див. малюнок 4.1).

Малюнок 4.1 Типи позовів без зв'язків та із зазначенням спричиненої шкоди



Джерело: Світовий банк

Перевага речового позову полягає в тому, що він виконується незалежно від статусу інших кредиторів. Як ми побачимо далі, загальне право надає більш широке різноманіття варіантів речових позовів, тоді як для особистих позовів системи цивільного та загального права надають подібні варіанти. Спочатку ми розглянемо речові позови, а потім перейдемо до різних видів особистих позовів, таких як деліктний позов, позов порушення контракту та повернення доходів, отриманих в результаті незаконного збагачення.

А. Речові позови – держава пред’являє вимогу щодо певного активу

Речовий позов – це позов про те, що певна особа має право власності на певну річ та просить суд повернути цю річ або її еквівалентну вартість. У відповідності до Конвенції Організації Об’єднаних Націй проти корупції (UNCAC), держава, у разі якщо вона є законним власником майна, повинна мати змогу повністю здійснювати свої права по відношенню до цього майна, незалежно від того, у чиєму володінні воно знаходиться.⁵⁶ Це, якщо коротко, є підставою для речових позовів як в цивільній, так і в загальній правових системах. Різниця полягає у розумінні права власності. Трохи більш диференційоване розуміння права власності в загальному праві забезпечує більш широке різноманіття правових дій.

1. Речові позови в рамках загального права

Визначення та приклади речових позовів

Історично англійські суди визнавали, що ошуканий керівник (тобто, держава), який є жертвою розтрата або привласнення коштів, є «бенефіціарним власником» цього майна. Розтрачені або незаконно привласнені державні кошти кваліфікуються як державна власність та можуть бути предметом речового позову. Через те, що держава (обманутий керівник) вважається власником майна, що оскаржується, її позов розповсюджується не лише на майно, що оскаржується, а також на доходи, які могли бути отримані від нього. На додаток, він поширюється не лише на майно як таке, а також на будь-які наступні активи, у які було конвертоване первинне майно. Це правове питання набуває важливого значення, тому що корупціонери часто вдаються до багатьох транзакцій, щоб сховати вкрадені активи.

Бенефіціарне право ошуканого керівника залишається закріпленим за певним активом протягом всього часу, якщо позивач може «відстежити» його. «Відстеження» – це процес, за допомогою якого «позивач демонструє, що трапилося із його майном, визначає доходи, пов’язані із ним, та обґрунтовує свою заяву щодо того, що доходи можуть по праву вважатися його власністю».⁵⁷ Власник бенефіціарного права може відстежувати та реалізувати своє право подати позов, навіть у випадку проведення численних послідовних транзакцій. Кожен, хто в порушення його права, заволодів майном або доходами, які достеменно отримані від даного майна, несе за це відповідальність, за винятком добросовісних покупців, які надали належне зустрічне задоволення за цим майном, не знаючи про відсутність права власності на це майно у відповідача. Добросовісний покупець – це особа, яка придбала актив за заявленою вартістю, невинна в будь-якому факті, який викликає сумніви щодо прав продавця на законний продаж цього майна. Якщо законний власник заявить свої права на активи, до-

⁵⁶ Див. UNCAC, Статті з 53 до 55.

⁵⁷ Foskett проти McKeown та інших [2001] 1 A.C. 102 (H.L.) (анг.) (описує відстеження не як позов або засіб захисту, а просто як «процес»).

бросовісний покупець, у деяких юрисдикціях, зможе зберегти актив, а законний власник повинен буде вимагати компенсації від шахрая-продавця. Однак, що стосується добросовісного покупця, необхідно зазначити певні відмінності у правових системах. Країни цивільного права (наприклад, Швейцарія, Японія або Німеччина) можуть захищати добросовісних покупців, цей захист буде переважати протягом визначеного періоду часу з дати крадіжки. Між тим, і особливо у країнах загального права, наступний добросовісний покупець, може не отримати права власності на вкрадене майно, тому що вкрадене майно не може передаватися на праві власності.

Деякі приклади у текстових блоках 4.1 та 4.2 демонструють, як суди можуть задовольнити позов держави про повернення активів, якщо є достатньо доказів, які доводять, що джерело фінансування, використане на придбання активів, є державним.

Текстовий блок 4.1 Держава повертає майно, куплене за рахунок державних коштів: Лівія проти Capitana Seas Ltd. (Сполучене Королівство)

В грудні 2011 року держава Лівія подала позов до Високого суду Лондона з метою отримання права власності на будинок в Лондоні вартістю 10 мільйонів фунтів стерлінгів, який належав Capatana Seas Limited (Capitana), компанії, зареєстрованій на Британських Віргінських островах, та повністю контрольованій Сааді Каддафі, сином колишнього правителя Лівії, Муамара Каддафі. Ні Сааді Каддафі, ні Capatana не з'явилися у суд, щоб захистити свою позицію у провадженні. В результаті, юридичний радник Лівії попросив про винесення заочного рішення.

В березні 2012 року суддя визнав, що державні кошти були використані на придбання майна та виніс рішення «мені було надано достатньо доказів того, що Сааді Каддафі є єдиним кінцевим бенефіціарним власником компанії-відповідача [Capitana]. Мені надано достатньо доказів того, що майно було неправомірно та незаконно куплене за кошти, що належать Позивачу [Лівії]. За цих обставин, бенефіціарне право власності на майно належить Відповідачу, від імені Позивача, як довірчому власнику». Таким чином, суддя присудив майно країні-позивачу, Лівії.

Ця справа була досить простою, так як було відомо, що будинок належав Сааді Каддафі, та у списку санкцій казначейства Сполученого Королівства зазначалося, що Сааді Каддафі є власником Capatana, а отже і будинку. Після отримання ухвали суду, Казначейство Сполученого Королівства погодило заходи, які дозволяють передачу майна Лівії.

Примітка: див. опис справи на <http://star.worldbank.org/corruption-cases/node/19587>; <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/03/09/saadi-gaddafi-ordered-by-high-court-to-hand-over-10m-london-house-to-people-of-libya/>; and <http://www.anticorruptionlaw.com/blog.aspx?entry=5238>.

Суди Сполученого Королівства застосували аргументацію у справі стосовно нігерійського посадовця Аламійєшейха подібну до аргументації у справі Каддафі, як показано у текстовому блоці 4.2.

Текстовий блок 4.2 Держава повертає нерухомість та банківські рахунки: більше про справу Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпре Аламійєшейха та інших (Сполучене Королівство)

Основні факти по цій справі обговорюються в текстовому блоці 1.3, глава 1.

Під час свого перебування на посаді Аламійєшейх накопичив значну кількість об'єктів нерухомості та банківських рахунків, багатств, портфель закордонних активів, включно із майном в Лондоні. В грудні 2007 року Високий суд Лондона виніс рішення про те, що Нігерія була законним власником трьох об'єктів нерухомості в Лондоні та кредитних залишків на певних банківських рахунках.^a Нерухомість та кошти офіційно належали двом компаніям, зареєстрованим на Сейшельських та Британських Віргінських островах. Ці компанії контролювалися Аламійєшейхом.^b У окремих провадженнях в Нігерії дві компанії, представлені Аламійєшейхом, визнали себе винними у відмиванні грошей, які стосувалися хабарів, сплачених за отримання державних контрактів.

На основі нігерійських проваджень та інших непрямих доказів Високий суд Лондона зробив висновки, що залишки на банківських рахунках та інвестиції у нерухомість, що належали двом компаніям, підконтрольним Аламійєшейху, були хабарами та прихованими доходами, які мають бути повернуті уряду Нігерії, як законному власнику цих активів.^c

Примітка:

- a. Колін Ніколс QC, Тімоті Деніел, Алан Бакарез, та Джон Хетчард, Корупція та зловживання державною посадою, 2-ге видання (Нью-Йорк: Oxford University Press, 2011), 280; Т. Деніел та Дж. Матон, «Портфельні рішення хабарників, або реальність справ про повернення активів». Виснажливий розвиток: Контролювання потоків незаконних фондів із країн, що розвиваються, вид. Р. Reuter (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2012), 423.
- b. Див. рішення високого суду Сполученого Королівства у справі Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших від 3 грудня 2007 року, Справа № HC05 CO3602.
- c. Див. Високий суд Лондона, 25 листопада 2005 року, Справа № CO/9133/2005, та Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших., [2007] EWHC 3053 (Q.B.).

Позови про визнання права власності та хабарі

Однакове поняття права власності та бенефіціарного права власності може також поширюватися на хабарі, сплачені посадовій особі, за сприяння у отриманні певного контракту. Декілька судових рішень (див. нижче) показують, як хабарі, та куплене за рахунок них майно, були кваліфіковані як майно, на яке держава має бенефіціарне право власності, що дозволяє державі, як бенефіці-

арному власнику, витребувати повернення даного хабара. Як пояснюється далі, нещодавнє судове рішення створило певну невпевненість навколо цієї норми.⁵⁸ Однак вона може бути корисною.

Ці судові рішення засновувалися на нормі «довірча власність за законом», за якою майно, здобуте в результаті порушення фідучіарного обов'язку (отримання хабарів), належить та знаходиться у володінні від імені сторони, чия довірча власність була ошукана (держава або корпорація, чийому агенту сплатили хабар). Справи, описані у текстових блоках 4.3 та 4.4, демонструють, як ця норма була використана у Спеціальному Адміністративному Районі Гонконг, Китай та в Сінгапурі.

Текстовий блок 4.3 Використання «довірчої власності за законом» для повернення хабарів, сплачених корумпованому посадовцю: Генеральний прокурор Гонконгу проти Reid (Спеціальний Адміністративний Район Гонконг, Китай)

Чарльз Ворвік Рейд, юрист з Нової Зеландії, приїхав до Гонконгу, щоб приєднатися до офісу Генерального прокурора в 1975 році, та поступово дослужився до посади Головного королівського радника та голови гонконгівського підрозділу по боротьбі із економічними злочинами. До 1989 року він отримав контроль над майном, вартістю приблизно 12,4 мільйонів HK\$, нез'ясовно та непропорційно до його заробітків. В жовтні 1989 року Рейд був усунений з посади та заарештований за підозрою у корупції незалежним радником Гонконгу по боротьбі із корупцією (ICAC).

Генеральний прокурор Гонконгу був змушений вступити у боротьбу, яка створила прецедент по всій вертикалі – аж до Судового комітету Таємної ради в Лондоні. Ці кроки були необхідними для повернення частин хабарів на суму приблизно 12,4 мільйони HK\$, які були конвертовані в майно після проведення їх через різні юридичні особи та формальних власників у Новій Зеландії від імені Рейда.

Ключовим питанням було те, що уряд Гонконгу стверджував, що він має право на майно Рейда в Новій Зеландії, оскільки це майно представляє доходи від хабарництва, яке здійснювалося Рейдом під час виконання ним фідучіарних обов'язків на посаді державного службовця. Рішення Таємної ради вважало, що не потребує доказів того, що майно в Новій Зеландії було куплене Рейдом за кошти, отримані від хабарів. Рішення Таємної ради було засноване на принципі справедливості, який вважає «зроблено те, що повинно бути зроблено».

⁵⁸ Sinclair Investments проти Versailles Trade Finance Limited (2011) EWCA (iv) 347.

Текстовий блок 4.3 Використання «довірчої власності за законом» для повернення хабарів, сплачених корумпованому посадовцю: Генеральний прокурор Гонконгу проти Reid (Спеціальний Адміністративний Район Гонконг, Китай)

Рада визначила, що активи, отримані Рейдом у якості хабара, повинні були бути «сплачені або передані особі, яка постраждала від порушення зобов'язань». Цей пункт є дуже важливим для правових взаємовідносин між довіреною особою, яка бере хабар, та стороною, довіра якої була обманута; це надає засоби для отримання відшкодування. В результаті такого рішення Таємної ради, англійське загальне право (та багато інших правових систем) визнало, що майно, отримане із порушенням довіреною особою своїх зобов'язань, належить, на праві справедливості, бенефіціару; іншими словами, особи, які володіють цим майном, здійснюють це на праві довірчої власності за законом, від імені власника. В рішенні також зазначалося, що якщо вартість майна, що представляє хабар, зменшилася, довірена особа повинна сплатити потерпілій стороні різницю між цією вартістю та початковою сумою хабара. Якщо майно зросло у вартості, довірена особа не має права залишати надлишкову суму, оскільки право справедливості не дозволяє їй отримувати будь-який дохід від порушення своїх обов'язків довіреної особи.^a

Примітка: AG for Hong Kong проти Reid [1993] UKPC 2 (November 1, 1993) [1994] 1 All ER 1, [1993] UKPC 2, [1994] AC 324, [1994] 1 AC 324, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1993/2.html>.

- а. Еміль ван дер Віллебой, Емілі Холтер, Роберт Гаррісон, Джі Вон Парк та Дж.Сі. Шарман, Кукловоди – Як корупціонери використовують юридичні структури для переховування вкрадених активів, та що з цим робити (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011), 175.

Текстовий блок 4.4 Успішний позов про визнання права власності з метою повернення хабарів: більше про Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур)

Основні факти у цій справі викладені у текстовому блоці 1.5, в главі 1. Pertamina, індонезійська державна енергетична компанія (ДЕК), подала позов проти свого колишнього керівника Хайджі Тахіра з метою повернення хабарів, які він отримав від двох підрядників, які сподівалися на кращі умови контракту та привілейоване ставлення. Тахір розмістив хабар на депозитному рахунку в Сінгапурі. При визначенні того, чи має право ДЕК Pertamina подавати речовий позов щодо коштів на рахунку, суд встановив, що Тахір мав фідуціарні зобов'язання перед Pertamina, та хабарі, які він отримував, були у його володінні, як довірчого власника компанії, що означає, що ДЕК має право подавати речовий позов на ці кошти.

Примітка: див. опис справи на http://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Pertamina_Singapore_Appeals_Court_Aug_25_1994.pdf.

Однак, читачі мають звернути увагу, що позиція в рамках англійського права зараз нечітка, в результаті низки нещодавніх судових рішень, перш за все, по справі *Sinclair Investments*, описаній в текстовому блоці 4.5, по якій Апеляційний суд Сполученого Королівства відійшов від принципів, визначених у справі *Генеральний прокурор Гонконгу проти Reid*. Іншими словами, суд у справі *Reid* виніс рішення про правомірність подання керівником (державою) речового позову щодо хабарів, отриманих його довіреною особою (посадовцем), і відповідно позову на збільшення вартості. На відміну від цієї справи, у судовому рішенні щодо *Sinclair*, навіть якщо держава могла позиватися щодо вартості хабара, суд виніс рішення, що керівник не може позиватися щодо майнових прав. У відповідності до такої аргументації, не існує довірчої власності, і тому не може бути позовів про будь-яке збільшення вартості активів, отриманих в результаті отримання хабара. Тому є незрозумілим, який підхід застосує суд.

Текстовий блок 4.5 Обговорення обґрунтування справи Гонконг проти Reid: *Sinclair Investments* проти Версая

Справа *Sinclair* включає порушення фідучіарного зобов'язання, але не хабар як такий. Апеляційний суд ухвалив рішення, що бенефіціар фідучіарного зобов'язання не може вимагати визнання права власності, окрім випадків, коли активи були до цього у його власності, або коли агент (в даному випадку, державний посадовець), який порушив фідучіарні зобов'язання, отримав активи, скориставшись правом або можливістю бенефіціара. Якщо застосовувати таке обґрунтування до ситуації із хабарами, це означатиме, що держава, як бенефіціар фідучіарного зобов'язання, зустрінеться із складнощами в процесі вимоги визнання права власності. Перше, очевидно, що хабарі та приховані комісії, сплачені хабародавцем корупціонеру, не були його власністю до цього. Друге, у деяких випадках, може бути важко продемонструвати, що державний посадовець (агент) отримав право або можливість бенефіціара. В результаті, можливість повернути приховані комісії або хабарі на підставі речового позову значною мірою буде залежати від конкретних фактів у справі до того часу, поки предмет не буде з'ясований судами або законодавчим органом.

Наприклад, у листопаді 2013 року Королівський суд Джерсі вирішив дотримуватися та застосовувати справу Рейда. Він визнав, що довірена особа, яка володіла коштами, які були доходами від отримання хабара посадовою особою Мозамбіка, робила це в ролі довірчого власника від імені уряду Мозамбіку, який таким чином мав права подавати речовий позов.

Примітка: *Sinclair Investments (U.K.) Ltd. проти Versailles Trade Finance Ltd.*, [2011] EWCA Civ 347, March 29, 2011, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/347.html>

- a. Девід Вілсон, Бейкер і партнери, «Джерсі: Суд Джерсі приймає позов про доходи від корупції представництва *Lloyds TSB Offshore Trust Company Limited*,» 2013, <http://www.mondaq.com/x/273702/Trusts/Jersey+Court+Endorses+Proprietary+Claim+To+Proceeds+Of+Corruption+In+Re+The+Representation+Of+Lloyds+TSB+Offshore+Trust+Company+Limited>. Справу можна знайти на [http://www.jerseylaw.je/Judgments/UnreportedJudgments/Documents/Display.aspx?url=2013/13-10-31_Rep_of_Lloyds_Trust_Co_\(CI\)_Ltd_211.htm&JudgementNo=%5B2013%5DJRC211](http://www.jerseylaw.je/Judgments/UnreportedJudgments/Documents/Display.aspx?url=2013/13-10-31_Rep_of_Lloyds_Trust_Co_(CI)_Ltd_211.htm&JudgementNo=%5B2013%5DJRC211).

2. Позови про повернення майна – обмежені права в цивільній правовій системі

Більшість правових систем також надають можливість вимагати повернення майна на правах власника цього майна.⁵⁹ Це право може бути реалізоване проти будь-кого, хто володіє цим майном, окрім добросовісних набувачів. Однак, такі підстави для позову у країнах цивільного права обмежені щодо можливостей повернення речі (res) як такої (тобто, відстеження активів через зміну форми відсутнє), інколи обмежені у часі та рідко поширюються на доходи, отримані від активу. Відстеження є обов'язковим, оскільки активи та доходи повинні бути чітко визначені, перш ніж вони будуть використані як підстава для речового позову. Як правило, відстежити такі грошові кошти дуже складно, тому дуже важко зробити їх предметом речового позову в рамках цивільного права. Гроші (особливо готівка) є абсолютно взаємозамінними, і тому їх важко ідентифікувати, але в окремих випадках цю перешкоду було подолано (див. текстовий блок 4.6).

Текстовий блок 4.6 Вимога про повернення коштів в Квебеку: Сароглоу проти Канади

Правова система Квебеку підтверджує поєднання елементів загального та цивільного права. Цивільне (приватне) право Квебеку вважається цивільним правом за природою, при цьому публічне і кримінальне право вважаються такими, що діють у відповідності до загального права.

У справі Сароглоу проти Канади, сторона подала «ревіндикаційний» позов про суму грошей (тобто, сторона стверджує, що ці гроші належать йому або їй) проти багатьох відповідачів, серед яких судовий розпорядник, орган державної влади. Позивач хотів повернути активи на основі речового позову. Відповідач зауважив, що позов був особистим. Це питання було важливим для визначення юрисдикції суду. При визначенні чи позов був речовим чи особистим, суддя виніс рішення, що «гроші є взаємозамінним активом, тому вони мають чітко піддаватися ідентифікації, щоб можна було визнати право власності щодо них. Той факт, що вони [просто] піддаються обчисленню є недостатнім», та виніс рішення, що «таким чином, видається, для позову стосовно суми грошей, мають бути наведені певні фактичні докази стосовно видів обліку та депозиту, які застосовувалися». Таким чином, у разі якщо гроші, щодо яких пред'явлено позов, можуть бути ідентифіковані, то це буде речовий, а не особистий позов.

Джерело: Світовий банк

Таким чином, існує незначний прецедент для речового позову про повернення коштів в рамках цивільного законодавства. Однак, в країнах цивільного законодавства, де речових позовів на підставі довірчої власності за законом не існує, позивачі все таки мають можливість будувати свої дії на особистих позовах, замість речового позову про повернення активів.

⁵⁹ У Франції цей позов називається «action en revendication». В Німеччині, такий позов називається «vindikation» і вважається позовом по суті, визначеним у § 985 Цивільного Кодексу.

Б. Особисті позови – позови проти особи

Речові позови та засоби захисту не будуть доступними для всіх справ. Наприклад, вони можуть бути недоступними, якщо доходи від правопорушень неможливо відстежити, оскільки вони були успішно відмиті для того, щоб неможливо було встановити зв'язок між початковими коштами та, перш за все, коштами, ідентифікованими у майні відповідача. У цьому випадку, особистий позов може бути поданий проти осіб, які володіють активами, що оскаржуються, або проти тих, хто брав участь у корупційних діях або відмиванні грошей. На відміну від твердження, що держава-позивач є законним власником (або господарем) майна, держава, наприклад, може стверджувати, що вона зазнала економічних збитків, та вимагати відшкодування або компенсації особою, яка спричинила ці збитки. Це називається особистим позовом. Інші приклади таких позовів включають порушення або анулювання контракту, деліктне правопорушення та незаконне збагачення.

1. Контракти

У багатьох випадках корупції існують контракти взаємовідносини між державою та винним у корупційних діях. Для випадків хабарництва ситуація, яка швидше за все спадає на думку, це ситуація із договором про працевлаштування між керівником (державою) та її агентом (хабарником) або контрактом на виконання робіт між державою та приватною компанією (особою, що сплачує хабар).⁶⁰ Що стосується розтрата, як у випадку із хабарництвом, розкрадач буде якимось чином працевлаштований або буде надавати якісь послуги стороні, що потерпіла.

Позови на підставі недійсності контрактів

Якщо держава може продемонструвати, що контракт є недійсним, або, інша сторона порушила цей контракт, вона може вимагати відшкодування грошових збитків або відшкодування шкоди за контрактом, або може відмовитися від виконання контракту. Недійсність може ґрунтуватися на підставі, що контракт був отриманий шляхом шахрайства, і така згода була позбавлена юридичної сили через корупцію.

⁶⁰ Угода щодо сплати хабара, безумовно, вважається недійсною *ob turpem causam* (як зазначено в Статті 8, параграф 1 Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією: «Кожна сторона повинна забезпечити своє внутрішнє законодавство для будь-якого контракту або положення контракту, у відповідності до якого контракт буде анульований або визнаний недійсним у разі корупційних дій»). Це також є правилом у переліку міждержавних принципів «TRANS-LEX», опублікованих Центром міждержавного права. У відповідності до IV.7.2(a), «Контракти ґрунтуються на або частиною яких є передача хабарів («корупційні гроші», «приховані комісії», «pots-de-vin», «відкати») вважаються недійсними. Можна знайти на <http://www.trans-lex.org/output.php?docid=938000>.

Стосовно недійсності контракту, необхідно визначити різницю між базовою угодою (або «контрактом»), який залучає сплату хабара та інші правопорушення, та контрактом на субпідряд, отриманий завдяки корупційним діям. Базова угода, отримана нечесним шляхом, зазвичай вважається анульованою та недійсною, і таким чином такою, що не може бути виконаною. Як правило, незаконність угоди ґрунтується більше на соціальній шкоді, викликаній корупцією та порушенні загальних моральних принципів, ніж на визначеній реальній шкоді потерпілої сторони. «Основний контракт», державний контракт або умова контракту, отримана через корупцію, можуть також вважатися недійсними без будь-яких правових наслідків на підставі суспільних інтересів. Як приклад, Кенія попросила арбітражний суд визнати договір нікчемним через те, що він був отриманий шляхом підкупу урядових посадових осіб (текстовий блок 4.7).⁶¹

Текстовий блок 4.7 Визнання недійсним державного контракту на основі порушення міжнародних суспільних інтересів: World Duty Free Company Limited проти Республіки Кенія (2006) (ICSID)

В 1989 році Кенія спочатку підписала угоду із компанією World Duty Free (WDF) на будівництво, утримання та роботу duty-free комплексів в міжнародних аеропортах Найробі та Момбаси. Пізніше виявилось, що для отримання контракту з урядом Кенії, WDF мала заплатити хабарі у розмірі 2 мільйонів доларів США колишньому президенту Кенії Даніелю Арапу Moi. WDF подала позов до арбітражного суду при Міжнародному центрі з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID), в якому заявляла, що Кенія порушила контракт. Уряд Кенії аргументував, що отримання WDF цього договору за допомогою хабарництва було порушенням міжнародних суспільних інтересів. Арбітраж зазначив, що хабарництво суперечить міжнародним суспільним інтересам більшості держав, якщо не всіх. Таким чином, арбітраж не міг задовольнити позов на підставі контракту, отриманого корупційним шляхом, і уряд мав законне право уникати зобов'язань за контрактом у відповідності до англійського та кенійського договірної права.

Примітка: Компанія World Duty Free Limited проти Республіки Кенія, ICSID Справа № ARB/00/7, Рішення 25 вересня, 2006, <http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

⁶¹ Інший приклад в Каліфорнії, справа Адлер проти Федеральної республіки Нігерія, 19 лютого 1997 року, 107 F.3d 720 (9th Cir. 1997), суд застосував доктрину «Нечистих рук», щоб не допустити повернення позивачем (Адлером) п'яти мільйонів доларів, які він сплатив з метою сприяння отриманню незаконного контракту та у вигляді хабара посадовцям в нігерійському уряді. Це рішення було підтверджене апеляційним судом 17 травня 2000 року (219 F.3d 869 [9th Cir. 2000]).

У деяких інших юрисдикціях контракт, отриманий шляхом шахрайства, не вважається недійсним, але вважається таким, що може бути анульованим.⁶²

Текстовий блок 4.8 Успішний позов про визнання державного контракту недійсним: Генеральний прокурор островів Теркс і Кайкос проти Star Platinum Island Ltd. та інших

Star Platinum та пов'язані компанії мали намір розвивати курорт на островах Теркс та Кайкос. Використовуючи декілька посередницьких організацій, у 2007 році керівники Star Platinum сплатили 500 000 доларів США міністру уряду. Через короткий час по тому уряд надав Star Platinum у довготермінову оренду на привабливих умовах додаткове майно, яке могло збільшити вартість проекту. Компанія сплатила 3,2 мільйони доларів США за договори оренди, що було незначною часткою їх ринкової вартості. У суді на Теркс та Кайкос генеральний прокурор подав позов проти Star Platinum за звинуваченням у хабарництві, а саме, що, гроші, сплачені міністру, були хабаром, та з вимогою про розірвання договорів оренди.

В червні 2013 року суд дійшов висновку про значну ймовірність того, що 500 000 доларів США були хабаром, та що договори оренди були отримані в результаті сплати хабара. Суд виніс рішення, що генеральний прокурор може розірвати договори оренди та, на додаток, повернути суму хабара або отримати відшкодування шкоди, спричиненої цим хабаром (але не обидва відшкодування разом). Від держави також не вимагалось повернення 3,3 мільйонів доларів США, які Star Platinum сплатили за неправомірною угодою про оренду, оскільки банк отримав добросовісні права на майно, як гарантію в рахунок боргів керівника. В результаті, керівник не зміг перевести майно назад до держави. Якщо би йому вдалося повернути майно, він мав би право на відшкодування сплаченої ціни.

Джерело: Світовий банк

Держава має право анулювати контракт, особливо у разі хабарництва або змови в процесі тендеру.⁶³ Позов про анулювання може вимагати надання доказу того, що державна установа відмовила би в наданні контракту за відсутності шахрайських дій. Держава все ще може виявити бажання виконати контракт, отриманий в результаті хабарництва, якщо, наприклад,

⁶² Девід Крафт, «Англійське приватне право і корупція: Короткий огляд і пропозиції щодо розвитку європейського приватного права», у цивільно-правові наслідки корупції, за редакцією Олафа Мейера (Баден-Баден: Номос, 2009).

⁶³ Ross River Ltd. проти Cambridge City Football Club Ltd. [2007] EWHC 2115 (Ch) (U.K.). Справу можна переглянути на <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2007/2115.html>. На додаток, французькі суди встановили порядок, що урядові установи, що підписали контракт, отриманий корупційним шляхом, мають право вимагати анулювання або розірвання контрактів та/або відшкодування шкоди (див. Service Central de Prévention de la Corruption—Rapport 2010, стор. 182, та справи, згадані на <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000391/0000.pdf>).

значна частина контракту вже виконана, або якщо постачальник послуг має патентовані або унікальні товари або послуги. У таких випадках шкода може складатися із надмірної суми, сплаченої державою за цим контрактом. У такому разі урядова установа матиме право на відшкодування шкоди за підписання такого контракту на менш вигідних умовах, ніж могли б бути узгоджені у разі відсутності незаконних дій. В залежності від правової системи, розірвання контракту може бути або ретроспективним або стосуватися лише майбутнього виконання контракту. Витрати, понесені клієнтом в результаті необхідності оголошення нового тендеру або укладання нового контракту, можуть вважатися чи не вважатися шкодою.

Приклад, описаний в текстовому блоці 4.8, демонструє, як держава позивалася у внутрішніх судах до корумпованої компанії, яка виграла концесію на цінну земельну ділянку за рахунок сплати хабара, і вимагала розірвання угоди, включно із неповерненням компанії інвестицій в корупційну оборудку.⁶⁴

Позови на підставі порушення контракту

В державних закупівлях корупція все більше вважається суттєвим порушенням контракту, особливо в контрактах на будівництво інфраструктурних проєктів, продаж товарів або надання послуг. Порушення контракту може призвести до неналежного виконання або невиконання зобов'язання та постачання неякісних продуктів, що може спричинити шкоду іншим.⁶⁵

Контракт сам по собі може бути підставою для позову про порушення контракту, якщо в ньому є положення про протидію корупції, за якими підрядник брав зобов'язання не заохочувати державних службовців до надання або підписання контракту. Порушення цієї конкретної заборони надає уряду право розірвати контракт, не виконувати свої зобов'язання та вимагати відшкодування шкоди.⁶⁶ Якщо буде встановлена відповідальність за порушення контракту, позивач, як правило, не повинен доводити причинний зв'язок між збитками та корупційними діями, або наміри чи усвідомлення відповідача для відшкодування шкоди за контрактом.

⁶⁴ Див. Лоуренс Харріс, Джеймс Маттон та Джеймс Хампферс (Edwards Wildman Palmer UK LLP), «Корупція на офшорних територіях Сполученого Королівства». Journal of the Commonwealth Lawyers' Association, http://www.edwardswildman.com/files/upload/2013_Corruption_in_UK_OffShore.pdf.

⁶⁵ Джозеф Р. Профайзер ((Wilmer, Cutler & Pickering), для 9 міжнародної конференції по боротьбі із корупцією, «Ефективне використання правових заходів та заходів по відстеженню активів у боротьбі із корупцією: цивільно-правові засоби захисту», 1999, http://9iacc.org/papers/day3/ws1/d3ws1_jrprofaiser.html.

⁶⁶ Жан-П'єр Брун, Клайв Скотт, Кевін М. Стівенсон та Ларісса Грей, Довідник з питань повернення активів: Практичний посібник для фахівців-практиків (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011 рік), <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>.

За певних умов, суди можуть присудити повернення доходів, що отримані від контракту.⁶⁷ Навіть в тому випадку, якщо основна шкода вимірюється збитками позивача, а не здобутками відповідача, деякі суди визнали, що, якщо особа порушує контракт, вона не має права отримувати дохід від порушення контракту. Таким чином, у відповідних випадках, шкода, спричинена порушенням контракту, може вимірюватися «доходами, отриманими правопорушником в результаті порушення контракту».⁶⁸ У відповідності до принципу «незаконного збагачення», одна особа не повинна мати права на незаконне збагачення за рахунок інших, і від неї потрібно вимагати повернення незаконно отриманого майна або доходів.⁶⁹ Однак, це питання обговорюється, так як більшість країн не мають такого правила. В текстових блоках 4.9 та 4.10 наведені приклади застосування цих принципів у Сполученому Королівстві та Швейцарії.

Хоча це є логічним наслідком принципу, за яким ніхто не повинен отримувати доходи в результаті правопорушень, повернення доходів, тим не менш, за природою, не є каральним – для цього існує кримінальне право. У будь-якому разі, якщо для цього є правові механізми, можливість повернення доходів, отриманих від корупційної діяльності, може також стримувати правопорушників від корупційних дій.

За певних умов та в залежності від правової системи, можливо подати успішний позов як про відшкодування шкоди, спричиненої позивачу, так і про повернення доходів, отриманих відповідачем. Таким чином, країна, потерпіла від хабарництва, може вимагати як доходи, які сторона отримала в результаті хабарництва, так і шкоду, яку їй спричинили в результаті хабарництва, навіть якщо позивачу вдасться отримати лише щось одне.

⁶⁷ Повернення прибутків – це примусове повернення незаконно отриманих доходів.

⁶⁸ Лорд Ніколс Біркенхед, справа генеральний прокурор проти Blake [2000]: «Справа Wrotham Park((Wrotham Park Estate Co Ltd проти Parkside Homes Ltd [1974] 1 WLR 798), таким чином, все ще є прекрасним орієнтиром, який вказує, що при порушенні контрактів, так і при цивільних правопорушеннях, визначення шкоди не завжди обмежується відшкодуванням фінансових збитків. У відповідних випадках, шкода за порушення контракту може вимірюватися доходами, отриманими правопорушником в результаті порушення контракту. Відповідач має зробити належну сплату у відповідності до вигоди, яку він отримав».

⁶⁹ Дональд Харріс, Девід Кемпбел та Роджер Халсон, Засоби захисту при порушенні контракту та цивільних правопорушеннях (Кембрідж: Cambridge University Press, 2005), 231.

Текстовий блок 4.9 Повернення незаконно отриманого доходу за порушення умов контракту: Генеральний прокурор проти Блейка (Сполучене Королівство)

Блейк був прийнятий на роботу до секретної служби Сполученого Королівства. При прийнятті на роботу до Секретної розвідувальної служби Блейк дав чітку письмову згоду на нерозголошення службової інформації під час та після служби, у вигляді публікації чи в будь-якій іншій формі. В 1990 році він опублікував свою автобіографію, «Без права вибору», в якій він розкрив безліч службової інформації, яка визначалася у положеннях його контракту про нерозголошення інформації. Суд визнав, що навіть якщо держава не зазнала матеріальної шкоди від розголошення інформації Блейком, доходи, отримані від публікації книги, мають бути сплачені Сполученому Королівству, як його роботодавцю.

При розгляді справедливого покарання для Блейка за порушення своїх зобов'язань суд мав прийняти наступні міркування до уваги. Зобов'язання, навіть якщо вони не є фідуціарними зобов'язаннями, були дуже близькі до фідуціарних зобов'язань, за якими вимога звітності щодо доходів є стандартним засобом захисту у разі порушення. Якби інформація, яку розкрив Блейк, була на той час конфіденційною, така вимога про розкриття доходів була б висунута в майже обов'язковому порядку. За особливих обставин служби розвідки мають вживатися подібні заходи, навіть за умови, що інформація більше не є конфіденційною. Це буде справедливою відповіддю на порушення. Моя думка з цього приводу підкріплюється зауваженням, що більша частина доходів від книги непрямо виникає із надзвичайно серйозних та дискредитуючих порушень тих самих зобов'язань, що були вчинені Блейком у 1950 році. Як вже зазначалося, якби не його скандальна відомість, як безчесного шпигуна, його автобіографія не варта була би такого великого авторського гонорару, який йому погодилися [видавець] заплатити.

Примітка: Генеральний прокурор проти Блейка [2000] UKHL 45.

2. Деліктні позови

Делікт – це «цивільне» (на відміну від кримінального) правопорушення, яке може бути підставою позову про відшкодування шкоди.⁷⁰ Відшкодування шкоди надає позивачу компенсацію за збитки, ушкодження або шкоду, прямо спричинену порушенням обов'язків, включно із кримінальними правопорушеннями, аморальною поведінкою, або порушенням перед договірних домовленостей.

Текстовий блок 4.10 Порушення умов контракту та повернення незаконно отриманих доходів за швейцарським законодавством

У відповідності до Статті 423 Закону Швейцарії Про зобов'язання, керівник має право на отримання будь-яких вигод, отриманих в результаті недобросовісних дій агента.^a Існує чотири умови застосування цієї статті: (a) дохід, (b) який виник в результаті (c) втручання, (d) яке може бути віднесене до недобросовісних дій агента. Зрозуміло, що хабар буде кваліфікуватися як дохід, який виник в результаті недобросовісних дій агента, і таким чином ця стаття надає право керівнику вимагати повернення будь-яких хабарів від свого агента.

У відповідності до швейцарського законодавства може бути можливим повернення доходів. Питання, чи буде право, згідно статті 423, охоплювати вигоду, яку хабародавець отримав від контракту (наприклад, чистий дохід від контракту), є відкритим для обговорення. Якщо широко трактувати права потерпілої сторони, то держава зможе подати позов на підставі цієї статті проти компанії, в якій працює агент-корупціонер.^b В будь-якому випадку, інше правове джерело, стаття 9 Федерального Закону Швейцарії Про недобросовісну конкуренцію може надати таку підставу. Цей закон визначає, що будь-хто, чий бізнес або економічні інтереси зазнають або можуть зазнати шкоди через недобросовісну конкуренцію (яка включає хабарництво), як правило, може вимагати повернення доходів у відповідності до положень про здійснення агентських функцій без належних повноважень.

Примітка:

- a. Ст. 423 Закон Швейцарії про зобов'язання: «1 Якщо агентська діяльність виконувалася не на користь керівника, він тим не менш має право на будь-які вигоди, отримані в результаті цієї діяльності. 2 Керівник зобов'язаний надати компенсацію та звільнити агента від взятих зобов'язань, лише у розмірі збагачення керівника».
- b. Див. Christine Chappuis, «La Restitution des Profits Issus de la Corruption: Quels Moyens en Droit Privé?» in *Lutte Contre La Corruption—Історія без закінчення*, ред. Ursula Cassani and Anne Heritier Lachat (Genève: Schulthess Médias Juridiques, 2011), www.unige.ch/droit/penal/index/Cassani.pcf. 2011.

⁷⁰ Делікт може бути визначений в правовому плані як «дія або бездіяльність, які спричиняють шкоду іншій особі, що є правовою підставою для відшкодування шкоди потерпілій особі, особою до якої може бути віднесене здійснення цієї дії або бездіяльності».

У разі корупційних дій, держава-позивач, як правило, повинна довести, що вона зазнала шкоди, яка має бути компенсована, що відповідач порушив обов'язки, і що існує причинний зв'язок між корупцією та шкодою. Щоб отримати від відповідача відшкодування в деяких юрисдикціях, закони про цивільно-правову відповідальність вимагають, щоб позивач продемонстрував, що дія або бездіяльність, здійснені відповідачем, завдали шкоди позивачу.

Юридичні та фізичні особи, які напряду та свідомо брали участь у корупційних діях, перш за все несуть відповідальність за спричинену шкоду. Окрім відповідальності тих, хто прямо ініціював та здійснював оскаржувані дії, суд може притягнути до відповідальності тих, хто сприяв корупційній діяльності, або не зміг вжити відповідних заходів, щоб запобігти корупції. Це може стосуватися юристів або посередників, які допомагали в корупційних діях, або материнських компаній та роботодавців, які не змогли здійснити відповідний контроль за своїми дочірніми компаніями або співробітниками.⁷¹ Сюди також можуть відноситися банки, через які переводилися кошти, юристи чиї клієнтські рахунки використовувалися для переведення вкрадених активів, або трасти та сервісні компанії, залучені до створення та управління підставними корпораціями. Така відповідальність може бути визначена на основі їх активної участі у цивільному правопорушенні. Хоча це важче довести, підставою також може бути недбалість щодо визначення походження коштів або мети транзакції, тобто недостатній рівень необхідної перевірки (due diligence).⁷²

Текстовий блок 4.11 Незаконне привласнення, як цивільне правопорушення: інша судова справа Чілуби, судова справа Zamtrop

Як описувалося у текстовому блоці 3.2, в 2007 році суд в Лондоні визнав Чілубу та його співвідповідачів винними у цивільному правопорушенні (незаконне привласнення) щодо крадіжки 46 мільйонів доларів США (23 мільйони фунтів стерлінгів). На додаток, вони були визнані винними у порушенні фідучіарних обов'язків перед Замбією або у наданні нечесного сприяння у здійсненні цих порушень. Злочинна змова здійснювалася шляхом залякування відповідачами працівників уряду та твердженням, що за все, що відбувається, не настане відповідальність, оскільки це все були «секретні операції» урядового органу безпеки ZSIS.

Примітка: Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care & Desai (фірма) та інших. [2007], EWHC 952 (Ch).

⁷¹ Брун та інші, Посібник з питань повернення активів, <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>.

⁷² Приклад норми «закритих очей», що був прийнятий деякими судами Сполученого Королівства та США (див. справу за січень 2014 року, в якій розглядалася грандіозна шахрайська схема Бернарда Маддофа, у якій J. P. Morgan визнав відповідальність та сплатив значні штрафи); «J. P. Morgan оштрафували на 2 мільярди доларів через Маддофа», New York Times, http://dealbook.nytimes.com/2014/01/07/jpmorgan-settles-with-federal-authorities-in-madoff-case/?_php=true&_type=blogs&_r=0.

Неможливо надати вичерпний перелік типів дій, які можуть кваліфікуватися як цивільне правопорушення або не договірне цивільне правопорушення, але в контексті корупції, можуть братися до уваги наступні правопорушення: цивільне шахрайство, цивільне перешкоджання контрактним відносинам або отримання економічної переваги, змова щодо спричинення шкоди, привласнення довіреного майна та більш загальне, порушення фідучіарного обов'язку. Дуже доцільними в контексті корупції є незаконне привласнення – підозра у тому, що посадовець-корупціонер або його партнери привласнили собі майно держави, що наведено в текстовому блоці 4.11.

Цивільні правопорушення можуть вчинятися напряму хабародавцями та хабарниками або державними посадовцями, які розтрачують кошти. У випадку хабарів суди у деяких юрисдикціях можуть дійти висновку, що особа, яка дає хабара, та особа, яка його бере, здійснили спільне цивільне правопорушення, за яке потерпіла сторона має право отримати відшкодування всієї шкоди від будь-якої із цих двох сторін.⁷³ Основне правило визначення шкоди у справах про корупцію визначає, що потерпіла сторона має бути розглянута у ситуації якомога ближчій до тієї, яка могла би бути за умови відсутності корупційних дій. Таким чином, всі витрати та втрачені доходи, спричинені корупційними діями, повинні бути компенсовані.⁷⁴ Як тільки факт хабара встановлено, зазвичай виникає незаперечна презумпція, що хабар був сплачений з наміром заохотити агента до привілейованого ставлення до платника і, відповідно, несприятливого до керівника. Цієї презумпції буде достатньо для того, щоб довести, що така дія була вчинена під впливом платежу.⁷⁵ У інших юрисдикціях керівник або роботодавець також подає позов проти працівника, який бере хабар на підставі лояльності, яка є частиною трудового договору. На практиці, однак, може бути важко довести, що акт хабарництва прямо призвів до матеріальних збитків.

Інший тип цивільного правопорушення стосується позбавлення або перешкоджання економічної вигоди іншої сторони. Це часто називається «деліктне втручання», і його приклад наведений у текстовому блоці 4.12.

⁷³ В Сполученому Королівстві, відповідач в результаті може вимагати відшкодування долі відповідальності від співучасника цивільного правопорушення у відповідності до закону 1978 року про Цивільну відповідальність (відшкодування долі відповідальності).

⁷⁴ Наприклад, у відповідності до статті 3 Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, компенсація може включати матеріальну шкоду, втрачений дохід, нематеріальний збиток. У відповідності до пояснювальної записки § 38, матеріальна шкода (*damnum emergens*) стосується реального погіршення економічної ситуації особи, яка зазнала шкоди. Втрата доходу (*lucrum cessans*) визначається, як справедливий дохід, який можна було очікувати, але який не був отриманий через корупційні дії.

⁷⁵ *Industries & General Mortgage Co. Ltd. проти Lewis* [1949] 2 All ER 573 (U.K.).

Текстовий блок 4.12 Деліктне втручання з економічною перевагою:
Korea Supply Supply Co. проти Lockheed Martin Corp.
(Сполучені Штати)

Республіка Корея планувала купувати військове обладнання та запросила тендерні пропозиції від виробників. Позивач Korea Supply Company (KSC) – корпорація, яка представляла виробників військового обладнання в угодах із Республікою Корея.

В середині 1990-х, республіка Корея оголосила тендер на обладнання для військових потреб. KSC представляла у тендері на отримання контракту канадську компанію MacDonald Dettwiler та повинна була отримати винагороду у сумі більш ніж 30 мільйонів доларів США. В підсумку, контракт віддали конкуренту, компанії Loral (яка пізніше стала компанією Lockheed Martin).

В суді США KSC стверджували, що незважаючи на те, що тендерна пропозиція MacDonald Dettwiler була меншою за ціною, а обладнання кращим, вони не отримали контракт, тому що Loral Corporation та її агент пропонували хабарі та сексуальні послуги корейським посадовцям. KSC подала позов, який включав, серед іншого, деліктне втручання з майбутньою економічною вигодою. Елементами успішного позову є «(1) економічні відносини між позивачем та певною третьою стороною, з можливими майбутніми економічними вигодами для позивача; (2) поінформованість відповідача про такі відносини; (3) навмисні дії відповідача, спрямовані на руйнування цих відносин; (4) дійсне руйнування цих відносин; та (5) економічна шкода, безпосередньо спричинена позивачу діями відповідача».⁷⁶

У даній справі Верховний суд Каліфорнії дійшов висновку, що всі ці умови були дотримані і відповідно KSC мала підстави для подання позову про цивільне правопорушення проти Loral.

Примітка:

а. Korea Supply Co. проти Lockheed Martin Corp. 29 Cal.4th 1134, 63 P.3d 937 (Cal., 2003).

3. Несправедливе збагачення

На додаток до цивільного правопорушення та порушення контракту, несправедливе збагачення є ще однією підставою для позову. Воно фокусується на відновленні рівноправ'я між двома сторонами, у випадку коли одна сторона здобула економічну перевагу над іншою. *Raison d'être* цієї норми – це несправедливість, яка полягає у тому, що особа привласнює щось, що він чи вона не мали права привласнити, та вимога щодо відновлення справедливості.⁷⁶ Це не вимагає доказів спричиненої шкоди. Елементами несправедливого збагачення є от-

⁷⁶ Див. Мартін Кенні, «Основи повернення активів в рамках цивільного позову», в Відстеження та повернення активів, The FraudNet World Compendium (Берлін: Erich Schmidt Verlag, 2009).

римання вигоди та несправедливе її привласнення за рахунок інших. «Витрати іншого елемента не застосовуються, коли позивач вимагає повернення таємних доходів, отриманих через шахрайські дії нечесного агента. Державний службовець є агентом та має безумовний обов'язок повернути всі приховані доходи».⁷⁷ Таким чином, держава може вимагати відшкодування шкоди корумпованими посадовцями, які скористалися нагодою для власного збагачення.

В деяких юрисдикціях повернення незаконних доходів базується на даному понятті несправедливого збагачення. Таким чином, деякі юрисдикції визначають правове підґрунтя для повернення незаконно отриманих доходів. Наприклад, в Німеччині у більшості випадків позов керівника про повернення незаконних доходів в рамках цивільного права не викличе жодних проблем, так як його підстава походить із контрактних взаємовідносин між керівником і агентом.⁷⁸ В рамках повернення незаконних доходів необов'язково, щоб керівник зазнав збитків або будь-яких інших незручностей; а платіж не має стати причиною для укладення контракту. Достатньо, щоб сплата хабара стала причиною для підозр, що агент працює не виключно в інтересах керівника.⁷⁹

4. Цивільний позов на підставі кримінальних позовів

Цивільний позов може також виникати на підставі тих самих фактів, що і кримінальний позов. Свідчення, що доводять кримінальний злочин, можуть надати потерпілій стороні підставу для застосування цивільно-правових засобів захисту, до яких можна вдатися окремо. Це, зазвичай, відбувається одним із двох шляхів. Перший, факти хабарництва або корупції, як кримінальний злочин, можуть стати підставою для цивільної відповідальності у окремому цивільному провадженні. Наприклад, цивільний позов про незаконне привласнення майна може мати такі самі елементи, як крадіжка або розтрата. Другий, цивільні позови про спричинення шкоди можуть також бути частиною кримінального провадження в країнах, які визнають *partie civile* (цивільну сторону) кримінального позову. При розгляді цих підстав позовів, ми повинні чітко розуміти взаємодію між кримінальними та цивільними позовами.

Кримінальні правопорушення – підстава для цивільних позовів

Попередня судимість по кримінальній справі, як правило, полегшує визначення підстави цивільної відповідальності. Часто для цивільного провадження можна також використовувати докази, зібрані в ході кримінального провадження. Визнання фактів по кримінальному позову також спрощує спростування свід-

⁷⁷ Див. Леонард Гумпарт, «Корупція в державному секторі – максимальна користь від застосування правових заходів» (доклад, який обговорювався на щорічній конференції Асоціації адвокатів округу Каліфорнія в 2005 році, 14-16 вересня, Лос-Гатос, Каліфорнія), http://www.grlegal.com/Articles/public_corruption_mem_7-11-06.pdf

⁷⁸ О. Мейер, «Протидія корупції засобами приватного права: приклад Німеччини», в Цивільному праві наслідки корупції (Баден-Баден: Номос, 2009).

⁷⁹ Ibid.

чень захисту, висунутих як контраргументи по цивільному позову. Хоча це може здаватися очевидним в тій самій юрисдикції, визнання фактів по кримінальній справі може також вплинути на судові рішення в іноземній юрисдикції.

Текстовий блок 4.13 Більше про Аламійешейха: Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших (Сполучене Королівство і Нігерія)

Основні факти у справі Аламійешейха наведені вище у текстовому блоці 1.3. Визнання своєї провини відповідачами у кримінальних провадженнях в Нігерії стали частиною правової підстави, яка дозволила Нігерії, як державі-позивачу, отримати рішення, винесене в порядку сумарного судочинства в Сполученому Королівстві про конфіскацію майна та банківського рахунку.

Нігерія ініціювала цивільне провадження в Високому суді Сполученого Королівства (Канцелярський відділ) щодо сумарного судового рішення проти двох компаній, Santolina Investment Corporation та Solomon and Peters Ltd., які зареєстровані відповідно на Сейшельських та Британських Віргінських островах, про повернення об'єктів нерухомості та коштів, які офіційно знаходилися у розпорядженні компаній. Обидві компанії контролювалися Аламійешейхом та використовувалися як юридичні особи для приховування активів, які, як стверджувалося, були отримані в результаті його корупційних дій на посаді губернатора штата Байелса. В березні 2007 року суддя Сполученого Королівства відклав рішення суду щодо першої заяви, так як Аламійешейх стверджував, що в нього є законні пояснення щодо всіх активів, які вимагає Нігерія.

Однак, в липні 2007 року, в окремому кримінальному провадженні в Нігерії проти вищезазначених компаній та колишнього губернатора, Аламійешейх визнав вину по шести пунктах звинувачення щодо неправдивих заяв про активи у Федеральному Високому суді, а також визнав вину від імені компаній Solomon and Peters та Santolina у звинуваченнях щодо відмивання коштів від хабарів, які були сплачені за отримання державних контрактів. На основі нігерійських проваджень та інших непрямих доказів, Високий суд Лондона зробив висновки, що залишки на банківських рахунках та інвестиції у нерухомість, що належали двом компаніям, підконтрольним Аламійешейху, були хабарами та прихованими доходами, які мають бути повернуті уряду Нігерії, як законному власнику цих активів. Ця зміна обставин зруйнувала можливість для Аламійешейха побудувати відповідний захист в судовому розгляді, і тому Канцелярський відділ дозволив друге слухання для винесення сумарного рішення, яке було винесене на користь Нігерії.

Примітка: див. Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших [2007] EWHC 3053 (Q.B.); та Еміль ван дер Дос де Віллебоіс, Емілі М. Холтер, Роберт А. Харрісон, Джі Вон Парк, Дж. Сі. Шарман, Ляльководи: Як корупціонери використовують юридичні структури для приховування вкрадених активів та що з цим робити (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011), 179, <http://star.worldbank.org/star/publication/puppet-masters>.

Коли відповідач був виправданий в кримінальному суді, у потерпілого все ще є можливість подати позов про компенсацію до цивільних судів. Рішення про припинення кримінального переслідування або відмова у кримінальному переслідуванні може також спонукати потерпілих подати цивільний позов про відшкодування шкоди проти підозрюваних правопорушників за тими самими фактами.⁸⁰ Виправдання у кримінальному провадженні може зробити цивільний процес більш складним, але воно, як судова справа, не може перешкодити цивільному позову на більш пізньому етапі. Наприклад, у юрисдикціях загального права прокурор не може довести за критерієм відсутності обґрунтованого сумніву, що відповідач привласнив державну власність на свою користь, але позивач ймовірно зможе довести такий позов за принципом наявності більш вагомих доказів (що означає, що такі дії були скоріше ймовірними, аніж ні), що той самий відповідач привласнив державну власність на свою користь.

У юрисдикціях цивільного права, рішення винесене суддею по кримінальній справі, також буде впливати на приватні цивільні провадження, які тривають за тими самими фактами, але такий вплив не є необмежений.

Наприклад, у Франції, принцип «впливу рішення, по кримінальній справі на рішення по цивільній справі»⁸¹ поширюється на те, що було «безумовно, неодмінно та обов'язково розглянуто на основі фактів, їх кваліфікації та винуватості».⁸² Його дотримання залежить від фактичних обставин та мотивації прийняття рішення. Наприклад, виправдання в кримінальній справі може ґрунтуватися на відсутності навмисності дій або одного суттєвого елементу доказів. В такій ситуації може бути можливим подати цивільний позов про компенсацію з боку відповідача на підставі, наприклад, його протиправних дій або порушення контракту. Однак, якщо суддя кримінального суду визнає, що факти звинувачення є абсолютно неправдивими, або що відповідач не вчиняв правопорушення, приватний цивільний позов про сплату компенсації за шкоду, спричинену цими фактами, не буде успішним.

У справах про корупцію в Сполучених Штатах, навіть якщо Закон США Про корупцію за кордоном (FCRA) не забезпечує потенційним цивільним позивачам можливості отримати компенсацію в судовому порядку,⁸³ порушення положень FCRA можуть стати підставою для подання цивільних позовів в рамках

⁸⁰ Наприклад, в іншій правовій сфері, не пов'язаній із корупцією, у добре відомій справі О. Дж. Сімпсона, кримінальне провадження проти екс-зірки американського футболу було невдалим, але цивільні позови, висунуті сім'ями потерпілих, були успішними. У цивільній справі суд присяжних визнав Сімпсона винним, та йому була присуджена виплата 25 мільйонів доларів США штрафу в якості компенсації шкоди; <http://www.nytimes.com/1997/02/11/us/jury-decides-simpson-must-pay-25-million-in-punitive-award.html>.

⁸¹ У Франції, «l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil».

⁸² Cour de Cassation, Civ. 2eme, 10 mai 2012, n 11-14.739.

⁸³ Див. Lamb проти Phillip Morris, 915 F. 2d 1024, 1027-30 (6th Cir. 1990); J.S. Service Center Corp. and Sercenco, S.A. проти. General Technical Services Co., Inc. та General Electric Company, 937 F. Supp. 216, 226-227 (S.D.N.Y. 1996).

інших законів.⁸⁴ В рамках закону США про цінні папери, наприклад, пред'явлення звинувачення за порушення FCPA може стати підставою для цивільної відповідальності.⁸⁵ Порушення норм FCPA може також слугувати підґрунтям для подання цивільного позову в рамках закону Про організації, що діють під впливом рекету й корупції (RICO),⁸⁶ навіть незважаючи на те, що суворі вимоги до цивільних проваджень в рамках RICO призводять до програшу по більшості справ. Зрештою, федеральні антимонопольні закони США або антимонопольні закони штату можуть стати підставою для цивільної відповідальності тих, хто порушує FCPA, при наявності доказу того, що корупційна дія мала негативний вплив на конкуренцію між компаніями в Сполучених Штатах або в даному штаті. Наприклад, у справі KSC проти Lockheed Martin, що описана раніше (текстовий блок 4.12), Верховний суд Каліфорнії підтвердив, що порушення FCPA є фактом недобросовісної конкуренції (який включає шахрайські методи або засоби ведення бізнесу) в рамках закону Каліфорнії про недобросовісну конкуренцію, і таким чином призводить до відповідальності за цим законом.

Взаємодія між кримінальними та цивільним позовами

При обговоренні цивільного позову на основі кримінального необхідно розглянути декілька елементів, включно із фактом, що незавершені кримінальні справи можуть спонукати суддю у цивільній справі призупинити розгляд цивільного позову до моменту винесення рішення по кримінальній справі. У багатьох юрисдикціях кримінальні провадження асоціюються із загальним інтересом суспільства та призводять до найбільш впливових санкцій проти звинувачуваної особи. Таким чином, їм може бути наданий пріоритет над іншими провадженнями (цивільними, комерційними та адміністративними), що ґрунтуються на тих самих фактах, та подані тими самими сторонами. Це є важливим для будь-якої сторони, яка хоче вжити цивільно-правові засоби захисту.

У багатьох юрисдикціях цивільного права у разі порушення кримінального розслідування та переслідування, цивільні позови на підставі тих самих фактів про компенсацію шкоди, спричинену в результаті цивільних правопорушень, можуть бути призупинені до винесення остаточного рішення у кримінальній справі. Наприклад, у Франції, якщо поданий цивільний позов про отримання компенсації на підставі фактів, що є предметом кримінального переслідування, цивільний позов буде призупинений до закінчення кримінальної справи. Однак, якщо цивільний позов стосується пов'язаних, але інших фактів або сторін, або якщо позов не про відшкодування збитків, рішення про призупинен-

⁸⁴ Див. Дуглас Р. Янг (Farella Braun & Martel LLP), «Закон США Про корупцію за кордоном, як фактор у цивільному провадженні», http://www.fbm.com/files/Publication/2b79d8bf-740f-45c7-8ff2-9980da7c7b89/Presentation/PublicationAttachment/e70b13d2-ecca-4bf3-807d-99b19fd76632/3C02CACD-4C60-467B-B371-5C58427333E0_document.pdf.

⁸⁵ Див., наприклад, Glazer Capital Mgmt. LP проти Magistri, 549 F.3d 736 (9th Cir. 2008).

⁸⁶ Див. Dooley проти United Technologies Corp., 803 F.Supp. 428 (D.D.C. 1992); та Environmental Tectonics проти W.S. Kirkpatrick, Inc., 847 F.2d 1052 (3d Cir. 1988).

ня може бути необов'язковим, а прийматися на розсуд судді.⁸⁷ Ця правова вимога може призвести до значних затримок у розгляді справ, так як відповідачі можуть ініціювати кримінальне провадження, у разі початку справи в цивільному суді з метою затягування справи – щоб відкласти результати цивільного провадження. В результаті, деякі юрисдикції змінили свої закони, щоб дозволити більш гнучкий підхід. В даний час у Франції кримінальні провадження спричиняють тільки призупинення цивільних проваджень щодо позову про відшкодування шкоди, спричиненої правопорушенням; інші провадження (наприклад, про визнання контракту недійсним) не призупиняються, навіть якщо очікуване рішення по кримінальній справі може мати прямий чи не прямий вплив на їх результати.⁸⁸

У юрисдикціях загального права кримінальні та цивільні провадження можуть відбуватися паралельно. Однак, якщо кримінальний позов ще розглядається, а в цей час подається цивільний позов, відповідач може заявити своє право на заборону примусу до свідчень проти самого себе, та може отримати рішення про призупинення цивільного позову до винесення рішення по кримінальній справі. Це має місце в Сполучених Штатах, за винятком випадків, коли кримінальне провадження проти відповідача ведеться в іншій країні, у такому випадку він може не мати права на призупинення цивільного позову.⁸⁹

Взаємодія між цивільними та кримінальними позовами стає більш складною щодо сторін, які не беруть участі у справі, але мають важливі для справи свідчення. В контексті повернення активів це можуть бути бухгалтери або банки. Якщо сторона, яка не бере участі у справі, живе у країні з правом щодо заборони примусових свідчень проти себе, а держава збирає свідчення, застосовуючи Статтю 11 Гаазької Конвенції, дана сторона, керуючись Конвенцією, може спробувати довести, що вона має право на призупинення цивільного позову.⁹⁰ У зв'язку з тим, що дані правовідносини складні та спеціальні, порада компетентного юридичного радника є необхідною для оцінки даної взаємодії в будь-якому окремому випадку.

⁸⁷ Кримінально-процесуальний кодекс, Закон №. 2000-516 від 15 червня 2000 року, стаття 1, Офіційний бюлетень від 16 червня 2000 року, стаття 4 із змінами, внесеними Законом №. 2007-291 від 05 березня 2007 року – ст.20 JORF від 06 березня 2007 року.

⁸⁸ Стаття 4, параграф 3 Кримінально-процесуального кодексу Франції, із змінами, внесеними Законом № 2007-291 від 05 березня 2007 року.

⁸⁹ Див. Сполучені Штати проти Балсис, 525 U.S. 666, 669 (1998) (не громадянин Сполучених Штатів, який проживає в Сполучених Штатах, проти якого висунули цивільний позов в Сполучених Штатах, не міг уникнути надання свідчень по цивільній справі в США, стверджуючи, що він проходив підозрюваним по кримінальній справі у іншій країні).

⁹⁰ Гаазька Конвенція в частині взяття свідчень за кордоном по цивільних або комерційних позовах, 23 U.S.T. 2555, 847 U.N.T.S. 241. Див. главу 6, щоб ознайомитися із повним текстом та поясненнями щодо того, як може застосовуватися Гаазька Конвенція.

Цивільний позов про відшкодування шкоди, як частина кримінального провадження

Залучення потерпілої сторони – включно із державою або урядом, яким була спричинена шкода в результаті корупційного правопорушення – до кримінальних проваджень підтримується у більшості юрисдикцій. У юрисдикціях цивільного права потерпіла сторона може брати участь у провадженні за кордоном як цивільна сторона. У більшості юрисдикцій цивільного права, статус сторони може бути наданий потерпілій стороні, яка зазнала прямої та особистої шкоди в результаті правопорушень особи, яка проходить у кримінальній справі. В такому випадку кримінальне судочинство дозволяє особі, яка потерпіла від правопорушення, брати участь у розгляді кримінальної справи в якості цивільної сторони та отримувати відшкодування, у разі визнання відповідача винним, як показано в текстовому блоці 4.14.⁹¹

Текстовий блок 4.14 Держава, як сторона цивільної справи: Нігерії присудили відшкодування збитків, як *Partie Civile* у справі про кримінальне відмивання грошових коштів проти нігерійських посадовців (Франція)

У відповідності до Статті 2 Кримінально-процесуального кодексу Франції, сторона може отримати компенсацію в порядку цивільного провадження від кримінального суду, коли сторона може продемонструвати особисту та пряму шкоду, спричинену в результаті злочину.

В 2007 році Нігерія стала *partie civile* у справі про відмивання коштів, порушеній проти Дана Етете, колишнього міністра енергетики Нігерії. Етете був визнаний винним та засуджений до трьох років ув'язнення. Нігерії, як *partie civile*, було присуджено 150 000 євро за нематеріальну шкоду (французькою *prejudice moral*). В той же час суд визнав, що Нігерія не надала доказів конкретної матеріальної шкоди.

Примітка: Tribunal de Grand Instance (TGI) de Paris, 11eme chambre, 7 листопада, 2007 року. Хоча Нігерія не отримала відшкодування шкоди, тому що не змогла надати заперечення в апеляційному провадженні, аргументація залишається правильною.

З одного боку, цей шлях є цікавим варіантом, якщо юрисдикція, яка вимагає відшкодування шкоди, не має правового підґрунтя, здатності або доказів, щоб проводити міжнародне розслідування самостійно. З іншого боку, юрисдикція, що зазнала шкоди від корупційних правопорушень, не має контролю над провадженнями, і значною мірою успіх залежить від пріоритетів влади іншої країни.⁹²

⁹¹ Див. глава 1, розділ «Держави та урядові установи, як цивільна сторона кримінального провадження».

⁹² Брун та інші, Посібник з питань повернення активів, <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>.

На додаток, можуть існувати певні обмеження щодо статусу цивільної сторони, у тому випадку, якщо застосовано норми угоди про визнання вини між позивачем та відповідачем. Прокурори можуть вести справи, не зважаючи на інтереси цивільної сторони, яка може перетворитися на пасивного спостерігача провадження. Такої ситуації можна уникнути, якщо брати активну участь у провадженнях для того, щоб просити прокурора вказати відповідачу, що обговорювана угода буде включати результати домовленостей із потерпілою стороною щодо врегулювання справи. Останнє, деякі юрисдикції можуть також неохоче погоджуватися на цивільний статус потерпілої сторони у кримінальному провадженні, так як можливі труднощі із визначенням суми завданої шкоди або збиранням необхідних доказів для встановлення шкоди, що може значною мірою затягнути провадження. Наприклад, в Німеччині, процедури узгодження застосовуються в практиці дуже рідко (див. текстовий блок 4.15).⁹³

Текстовий блок 4.15 Ілюстрація деяких варіантів того, як держава може бути стороною судового процесу у судах по кримінальних і цивільних справах в іноземній юрисдикції

Держава Х намагається повернути активи від свого колишнього міністра природних ресурсів Y. Частина активів розташована в іноземній юрисдикції цивільного права, в країні Z.

Проти пана Y відкрита кримінальна справа в країні Z. Таким чином, країна Х має наступні варіанти дій:

Вимагати застосування цивільно-правових засобів захисту з метою відшкодування шкоди, спричиненої в результаті кримінального правопорушення пана Y, вчиненого в рамках цивільних правових норм, у окремому позові. За цим варіантом держава Х може дочекатися рішення по кримінальній справі та розпочати цивільне провадження.

Спробувати отримати статус цивільної сторони в кримінальному провадженні. В даному варіанті, окремий цивільний позов не потрібний, оскільки рішення про застосування цивільно-правових засобів захисту буде прийняте в ході кримінального провадження.

Шукати інші правові підстави, включно із речовими позовами або позовами про порушення контракту. Через те, що такий цивільний позов не спрямований на отримання відшкодування шкоди, спричиненої в результаті кримінального правопорушення, може бути не потрібним очікувати на винесення рішення по кримінальній справі.

Джерело: Світовий банк

⁹³ Див. Маркус Льюфеллман «Потерпіла сторона в кримінальному провадженні: Систематичне відображення захисту потерпілої сторони в рамках німецького кримінально-процесуального законодавства», Серія інформаційних матеріалів No. 70, 41–68, 2006, Саймон Корнелл, ed., Азійський і Далекосхідний інститут ООН з попередження злочинності і та поведінки з правопорушниками (UNAFEI), http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No70/No70_06VE_Loffelmann1.pdf.

5. Заходи забезпечення цивільного позову та слідчі заходи: як вести розслідування та арештовувати активи

Після того, як держава визначила можливі підстави на яких вона буде подавати позов, позивач у цивільному суді повинен надати докази для встановлення обставин справи та захистити майно, так само як прокурор має зробити в рамках кримінального позову. Хоча перелік заходів не такий широкий як для кримінальних справ, цивільне провадження пропонує деякі дуже корисні засоби досягнення цих цілей. Як у загальній, так і у цивільній правовій системі, існують креативні та корисні інструменти для відстеження та збереження незаконно привласнених активів, з тим щоб держава позивач могла їх повернути.

А. Слідчі заходи у цивільних справах щодо повернення активів

Під час розгляду цивільної справи про корупцію можуть використовуватися такі слідчі інструменти як розкриття інформації та судові накази «про не повідомлення клієнта» або про заборону на розголошення інформації (особливо в юрисдикціях загального права), постанова суду на проведення обшуку, та допит свідків.

1. Завчасне надання інформації та постанови «про не повідомлення клієнта» або про заборону на розголошення інформації у країнах загального права

У юрисдикціях загального права, сторони діючого провадження зобов'язані розкривати іншій стороні документи та інші матеріали, що стосуються позову. У деяких випадках, позивачі можуть також просити про розкриття інформації навіть до початку формального провадження.

Щоб отримати документальні свідчення, позивач може просити про надання або розкриття документів, що є у розпорядженні відповідачів (або потенційних відповідачів) та, у деяких випадках, третіх сторін, включно із банками і посередниками. Для банків документи, що вимагаються, можуть включати банківську та фінансову документацію, включно із документацією про відкриття рахунків, інформацією про власників (рахунків, компаній, та трастів), виписки з банківських рахунків та інформацію про перевірку (due diligence) клієнтів (звичай вона називається інформація «знай свого клієнта»).

У прикладі, на етапі до початку формального провадження, при загальному сценарії повернення активів в Сполученому Королівстві, Правило 31.16(3) Цивільно-процесуальних норм визначає повноваження суду видавати накази про розкриття інформації у випадках, коли сторона, яка отримує інформацію, та сторона, яка надає інформацію, ймовірно будуть сторонами майбутнього провадження та розкриття, щоб (а) справедливо відхилити майбутнє провадження, (б) допомогти у вирішенні спору без провадження або (в) зекономити кошти.

Текстовий блок 5.1 Накази щодо Norwich Pharmacal: компанія Norwich Pharmacal та інші проти представників у митних і акцизних справах (Сполучене Королівство)

Накази щодо Norwich Pharmacal приписують: (а) що ймовірно було здійснене правопорушення певним правопорушником; (б) що існує потреба у постанові, щоб надати можливість подати позов проти певного правопорушника; та (в) особа, проти якої видається наказ повинна: (а) бути причетною до сприяння у здійсненні правопорушення та (б) бути здатною або ймовірно бути здатною надати необхідну інформацію для сприяння подання позову проти певного правопорушника.

Примітка: компанія Norwich Pharmacal проти представників у митних і акцизних справах [1974] A.C. 133 (H.L.).

Застосування даних положень для розкриття інформації третіми сторонами, так звані накази Norwich Pharmacal, може зобов'язати третю сторону, залучену до правопорушення, надати сприяння особі, яка зазнала шкоди, надаючи їй повну інформацію та розкриваючи особисту інформацію про правопорушників. У справі Norwich компанія Norwich Pharmacal була власником патенту на хімічну речовину. Невідомі особи імпортували такі самі хімічні речовини, але без ліцензії, а Norwich хотіла з'ясувати, хто винен, та подати проти них позов. Відповідачі мали інформацію про те, ким були ці імпортери, і тому Norwich подала позов до суду, щоб примусити їх розкрити інформацію. Суд виніс рішення, наголошуючи, що хоча, зазвичай, лише сторони провадження зобов'язані розкривати інформацію, відповідачі зобов'язані допомогти потерпілій стороні (Norwich), надаючи їй будь-яку інформацію, яка розкриє особисту інформацію про правопорушників.

Аналогічним чином, якщо сторона, що отримує інформацію, демонструє наявність достатньо серйозних доказів для порушення провадження про шахрайські дії із її коштами або про їх незаконне привласнення, і що ці кошти або доходи від них були сплачені банком або через нього чи іншу установу, від якої вимагається розкриття інформації, може бути виданий інший тип наказу, наказ Bankers Trust, щоб зобов'язати банки розкрити відповідну банківську інформацію.⁹⁴

⁹⁴ Наказ Bankers Trust отримав таку назву після рішення у справі Bankers Trust проти Shapira [1980] 1WLR 1274.

Щоб запобігти інформуванню третіми сторонами відповідача про постанову про розкриття інформації, суд може видати накази «про не повідомлення клієнта» або про заборону розголошення інформації, у відповідності до яких будь-яке порушення конфіденційності може вважатися неповагою до суду. Наприклад, банк не може інформувати своїх клієнтів про конкретні запити щодо їх рахунків.

2. Постанови на обшук *Ex Parte* у юрисдикціях загального права

Вважаються «ядерною зброєю цивільного судочинства»,⁹⁵ накази Anton Piller – це накази про обшук та конфіскацію, які вимагають надання відповідачем доступу позивачу до своїх приміщень з метою забезпечення захисту майна, документів або інших матеріалів, які визначені в наказі. Позивач повинен бути здатним продемонструвати, що якщо би він подав позов за звичайних обставин, існував би значний ризик втрати або руйнування активів, що є предметом позову.⁹⁶

Текстовий блок 5.2 Розслідування з метою збирання доказів для цивільного провадження: справа Anton Piller (Англія)

Anton Piller була німецькою компанією, яка спеціалізувалася на виробництві генераторів. З метою продажу свого обладнання в Англії компанія уклала контракт із англійською компанією Manufacturing Process Ltd., яка управлялася двома агентами Сполученого Королівства. Anton Piller дізнався, що два агенти таємно надавали конфіденційну інформацію німецьким компаніям, що планували займатися виробництвом силових установок такого ж типу, як і обладнання Piller. Розкриття інформації підтверджувалося документами, які просочилися від компаній-конкурентів з Німеччини. Anton Piller просила суд про тимчасову постанову, щоб зупинити порушення, та про наказ, що дозволяє компанії входити в приміщення англійської компанії з метою проведення перевірки її документів та їх конфіскації або копіювання. Суддя видав тимчасову постанову щодо припинення порушення, але відмовив у наказі про проведення перевірки або конфіскації документів.

Anton Piller подала апеляцію на це рішення, і Апеляційний суд виніс рішення на підставі, що постанова в даній справі не була наказом про проведення обшуку: «Вона не дозволяє адвокатам позивача або будь-кому іншому входити до приміщень відповідача проти його волі [...]. Вона лише дозволяє входити та проводити перевірку з дозволу відповідача [...]. Насправді вона наказує відповідачу надати дозвіл – у разі якщо, він не надасть дозвіл, він буде винним у неповазі до суду».

Примітка: Anton Piller KG проти Manufacturing Processes Limited [1976] Ch 55

⁹⁵ Bank Mellat проти Nikpour [1985] FSR 87 (CA)(U.K.).

⁹⁶ J. Б. Берриман, «Наказ Anton Piller – цивільна постанова про обшук» (доклад, представлений на конференції Асоціації американських адвокатів з питань міжнародного законодавства, Вашингтон, округ Колумбія, 5-8 квітня 2011 року), 22

Існує три вимоги: (а) це має бути надзвичайно сильна справа, що демонструє наявність достатньо серйозних доказів, по суті (що означає, що відповідач має значні шанси на перемогу);⁹⁷ (б) шкода, потенційна або існуюча, повинна бути дуже серйозною для позивача; та (в) мають існувати чіткі докази того, що у розпорядженні відповідача знаходяться обвинувачувальні документи або речі, і що існує реальна можливість, що матеріали можуть бути знищені до подання позову про предмет суперечки.

Дані накази Anton Piller часто вимагаються позивачем, щоб розпочати слідчі заходи та захистити докази, обидві тактики корисні у провадженнях про повернення активів (текстовий блок 5.2).

Регламент суду стосовно тимчасової постанови визначає різні вимоги до виконання таких наказів на обшук.⁹⁸ Наприклад, наказ на обшук може виконуватися лише в присутності незалежного адвоката, який має достатній досвід у виконанні таких наказів, і який не є співробітником або членом юридичної особи, яка подавала запит.⁹⁹

Щоб отримати наказ Anton Piller, позивач повинен подати до суду заяву під присягою (афідевіт) та судову повістку. Афідевіт на підтримку запиту повинен повністю визначати причину того, навіщо видається такий наказ, включно із ймовірністю, що відповідні матеріали можуть зникнути, якщо наказ не буде виданий, а також надати детальний опис приміщень, де знаходяться докази та досвіду незалежного адвоката.¹⁰⁰

Важливо відмітити, що зважаючи на те, що запит на наказ про проведення обшуку безумовно робиться без повідомлення (юридичною мовою це називається *ex parte*) відповідача, за таких обставин афідевіт на підтримку цього запиту повинен робитися на підставі принципу надання «повної та чесної» інформації. Це означає, що заявник повинен не лише розкрити факти на підтримку своєї заяви, але й надати докази, про які він знає, тому що відповідач міг би подати оскарження щодо заяви, якщо б йому надали можливість це зробити під час слухання заяви. Такий самий принцип застосовується до заяв на отримання наказу про арешт майна на основі *ex parte* (текстовий блок 5.3).

⁹⁷ Юридичною мовою, «суть справи» відноситься до цінності та переконливості доказів у справі, що розглядається, на протизагук клопотанню про тимчасові заходи.

⁹⁸ Цивільний процесуальний кодекс, частина 25, Досудове провадження (тимчасова постанова) параграф 7 (Цивільний процесуальний кодекс 1997).

⁹⁹ Ibid., параграф. 7.2, 7.6.

¹⁰⁰ Ibid., параграф. 7.3.

Текстовий блок 5.3 Судова справа Ао Ман Лонга (Особливий адміністративний район Макао, Особливий адміністративний район Гонконг, Китай)

У 2008 році, Ао Ман Лонг, колишній міністр транспорту та цивільного будівництва в Особливому адміністративному районі Макао, був звинувачений у корупційних діях на суму приблизно HK\$800 мільйонів (приблизно 103 мільйони доларів США). Він був засуджений в Макао до 27 років ув'язнення та конфіскації приблизно HK\$250 мільйонів (приблизно 32 мільйонів доларів США).

Значна сума його доходів від хабара була розміщена на депозитних рахунках в Особливому адміністративному районі Гонконг, Китай. Між юрисдикціями не існувало угоди про взаємну правову допомогу (ВПД), влада Особливого адміністративного району Макао використала неформальні канали (Незалежну комісію Гонконгу з протидії корупції), щоб накласти арешт на доходи від корупційної діяльності та отримати постанову про проведення обшуку. Через те, що ВПД була не доступна для повернення незаконних доходів, Особливий адміністративний район Макао, Китай, в результаті, подав адміністративний позов в Особливому адміністративному районі Гонконг, Китай, на суму більше ніж HK\$230 мільйонів (приблизно 30 мільйонів доларів). Початковий наказ про арешт майна, отриманий на підставі законодавства про протидію хабарництву Особливого адміністративного району Гонконг, залишився в силі, незважаючи на те, що кримінальне переслідування не було розпочате в цій юрисдикції.

Джерело: Саймон Н. М. Янг, «Чому застосовувати цивільні позови в боротьбі із корупцією?» Видання про фінансові злочини 16, № 2 (2009): 144–59.

3. Завчасне розкриття інформації та накази на проведення обшуку в юрисдикціях цивільного права

У деяких юрисдикціях цивільного права також можна подавати запит на досудове розкриття інформації та отримання наказу про проведення обшуку.¹⁰¹ Сторонам може дозволятися просити суддю, *ex parte*, вжити слідчі заходи в рамках закону, якщо існує законна причина для збереження або встановлення до суду доказів фактів, від яких може залежати судове рішення по справі. Наприклад, Статті 139 та 145 французького *Code de Procedure Civile* дозволяють судді застосовувати слідчі дії для збору інформації, корисної для майбутнього провадження. Ці дії, які називаються *наказ in futurum*, широко застосовуються у Франції в провадженнях щодо позовів про цивільні правопорушення, речових позовів або позовів про порушення контракту.

¹⁰¹Зовсім інша ситуація в Німеччині.

4. Свідчення свідків

Свідок – це особа, яка добровільно або примусово дає свідчення, усно чи письмово про те, що він чи вона знає або стверджує, що знає по суті справи в суді, або уповноваженій посадовій особі. Свідчення, надані свідком, включно із свідченнями експертів, як правило, дуже важливі у справах про повернення майна як при кримінальному, так і при цивільному провадженні.

У багатьох юрисдикціях сторони цивільного провадження можуть вимагати того, щоб свідки давали свідчення в суді, призначеному судді, посадовій особі, яка збирає свідчення, або просто адвокату, який подав запит.¹⁰² Свідчення можуть надаватися на відкритому судовому засіданні або конфіденційно. Як описано далі, у обговоренні щодо використання провадження стосовно неплатоспроможності, як інструмента повернення активів, відповідачі можуть бути самі зобов'язані свідчити про місцезнаходження активів в рамках законодавства про неплатоспроможність.¹⁰³

В багатьох випадках на початковому етапі провадження у справах про повернення активів від відповідачів вимагається надання свідчень про те, як вони здобули ці активи або декларації про всі їх активи. Як правило, корумпованому відповідачу дуже важко надати правдоподібну інформацію або таку, яка врешті-решт не сприятиме його звинуваченню. Це може бути дуже ефективним заходом тиску на відповідача. Приклад такої ситуації наведений в текстовому блоці 5.4.

Текстовий блок 5.4 Відповідач не може розкрити активи: ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших (Сполучене Королівство)

В Сполученому Королівстві банк, із головним офісом в Казахстані, подав проти свого колишнього голови правління пана Аблязова позов про незаконне привласнення активів банку. Банк вимагав замороження активів. На початковому етапі провадження, одночасно із наказом про замороження активів, від Аблязова вимагали розкрити повну інформацію про його активи.

¹⁰²Наприклад, в Сполучених Штатах в цивільних позовах дуже часто адвокати надсилають повідомлення і зобов'язують свідка давати особисті свідчення під присягою секретарю суду та юридичному раднику протилежної сторони, без обов'язкової присутності судді.

¹⁰³Бувають спроби з боку таких відповідачів застосувати «право не свідчити примусово проти себе», де дозволено законом, але в Сполученому Королівстві, в справі Maxwell, такий засіб захисту відповідача був відхилений, і таким чином об'єкт, тобто боржники в провадженні про неплатоспроможність, можуть бути примушені свідчити під загрозою покарання у вигляді позбавлення волі за відмову. Bishopsgate Investment Management Ltd.проти Maxwell (No. 2) [1993] BCLC 814; див. також главу 9.

Текстовий блок 5.4 Відповідач не може розкрити активи: ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших (Сполучене Королівство)

Аблязов оскаржив цей наказ, посилаючись на своє право не давати примусові свідчення проти себе, зокрема на те, що виконання цього наказу може призвести до розкриття ним інформації, яка може бути використана проти нього в кримінальному провадженні у Казахстані. Його апеляція була відхилена з декількох причин, хоча банк погодився, що спочатку інформація має бути розкрита адвокатам та юридичному раднику заявника, із вирішенням питання про більш широке розкриття пізніше. Згодом Аблязов був заочно визнаний винним за не розкриття інформації про свої активи та обман під присягою в афідевіті і засуджений від 16 до 22 місяців ув'язнення.

Примітка: ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших [2009] EWCA (iv) 1125; див. також текстовий блок 9.2, в главі 9, «Використання розпорядника для збереження активів».

5. Накази про розголошення інформації третіми сторонами

Як зазначено вище, у відповідності до цивільно-процесуальних норм Англії, суд може примусити третю сторону розкрити документи навіть до початку офіційного провадження, якщо таке розкриття сприятиме у розгляді позову заявника, та якщо таке розкриття є необхідним для справедливого визначення позову та економії коштів.¹⁰⁴ Накази про розкриття інформації третіми сторонами використовуються також після офіційного провадження та видаються проти банків у справах про корупцію в уряді. Приклад в текстовому блоці 5.5 демонструє, що вони можуть також використовуватися у більш незвичних обставинах.

Фахівці-практики мають брати до уваги, що методи транзакцій дуже змінилися за останнє десятиріччя. Засоби електронного зв'язку та транзакцій зараз домінують на економічному просторі. Насправді, за оцінками окремих експертів, 93 відсотки корпоративних документів створюються, переглядаються та зберігаються в електронному вигляді,¹⁰⁵ і 70 відсотків цих документів ніколи не роздруковуються.¹⁰⁶ Таким чином, при вивченні «документації та звітності» будь-якої компанії або особи важливо також перевіряти електронне листування та документацію по електронних транзакціях. Окрім копій електронного листування, є ще історія, яка стоїть за кожним повідомленням, така як автори та колишні автори, прихований текст, список розсилки, дати та інше, що разом називається «метаданими». Метадані зазвичай дуже важливі для відслідковування активів. Спеціалісти або спеціальні компанії можуть розшифрувати ці метадані, які часто є слідом до активів, які хочуть повернути.

¹⁰⁴Норма 31.17 Цивільно-процесуальних норм, Сполучене Королівство, можна знайти на <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31>.

¹⁰⁵Кевін Крейн, Розробка стратегії (Hurst, TX: McGrew & McDaniel Group, 2000), www.mcgrewwcdaniel.com; процитовано в презентації відомого фахівця з Великобританії з питань повернення активів.

¹⁰⁶Дана Хокінс, «Офісні інтриги в електронному столітті», U.S. News & World Report Online, лютий 2000; процитовано в презентації відомого фахівця з Великобританії з питань повернення активів.

Текстовий блок 5.5 Приклад наказу про розкриття інформації третьою стороною: більше про справу Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпрі Аламійешейха та інших (Сполучене Королівство)

Основні факти у цій справі викладені у текстовому блоці 1.3, в главі 1.

Перебуваючи на посаді, Дієпрі Аламійешейх накопичив портфель іноземних активів, включно із чотирма об'єктами нерухомості в Лондоні, придбаними за 4,6 мільйонів фунтів стерлінгів, пентхаус в Кейптауні та 1 мільйон фунтів стерлінгів готівкою, які зберігалися в одному з його об'єктів нерухомості в Лондоні. Більша частина його іноземних активів трималася у офшорних компаніях та трастах. В вересні 2005 року Аламійешейх був заарештований поліцією Сполученого Королівства за трьома пунктами звинувачення у відмиванні коштів. Він був звільнений під заставу, але йому вдалося втекти із юрисдикції, нібито переодягнувшись жінкою.

Деякі активи Аламійешейха були повернені владою Сполученого Королівства із застосуванням кримінальних та цивільних механізмів, але його нерухомість та залишки на банківських рахунках залишилися незайманими. З цієї причини Нігерія подала цивільний позов в Сполученому Королівстві про повернення залишків на банківських рахунках та нерухомості. Поліція Лондона отримала значні докази корупційної діяльності Аламійешейха в Нігерії та відмивання незаконних доходів по всьому світу. Для того, щоб просунутися далі у провадженні, Нігерії були потрібні докази, отримані в Сполученому Королівстві. Однак, ці докази були отримані поліцією Лондону із використанням своїх повноважень щодо застосування примусу; поліція була зв'язана зобов'язанням про нерозголошення перед власниками документів, що перешкоджало їм добровільно надати ці документи Нігерії та її юристам для використання у цивільному провадженні.

В даному випадку, Нігерія звернулася до суду (без повідомлення Аламійешейха) за отриманням наказу з вимогою до поліції Лондона про розкриття свідчень, які вони зібрали. Нігерія стверджувала, що це було необхідно в державних інтересах. Поліція Лондона підтвердила, що вона не має заперечень проти цього запиту, і, що ще більш важливо, що таке розкриття не зашкодить подальшому кримінальному розслідуванню.

Примітка: див. Високий суд Лондона, 25 листопада 2005 року, Справа № СО/9133/2005; та Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших [2007] EWHC 3053 (Q.B.).

Б. Забезпечення майна: заходи забезпечення у цивільних процесах

Накази про арешт, заморожування або вилучення часто використовуються з метою арешту майна, яке вважається доходами, отриманими в результаті злочину. Вилучення включає фізичне заволодіння цільовими активами, тоді як арешт може включати забезпечення безпеки або заморожування без вступу у розпорядження. Зазвичай для цього потрібні рішення суду, але деякі правоохоронні органи у певних юрисдикціях мають обмежені права на вилучення активів, принаймні тимчасове. Накази про арешт – це форма зобов’язуючого судового наказу, який видається суддею або судом, який обмежує будь-яку особу у розпорядженні або продажу майна, вказаного в наказі, до моменту прийняття рішення у провадженні про конфіскацію.

1. Накази про заморожування та арешт

В деяких юрисдикціях загального права для заморожування активів по всьому світі можуть бути застосовані так звані накази Марева. Також можуть бути доступними різноманітні заходи забезпечення.

Таблиця 5.1 Типи постанов про заходи забезпечення

	<i>Наказ про вилучення</i>	<i>Наказ про арешт</i>
Визначення	Фізичне заволодіння активами	Обмеження будь-якої особи у розпорядженні або продажу активів, зазначених у наказі
Орган влади, який видає наказ	Зазвичай необхідне рішення суду, але в деяких юрисдикціях правоохоронні органи або прокурори мають певні повноваження на вилучення майна	Зазвичай необхідне рішення суду, але в деяких юрисдикціях наказ про арешт може бути виданий прокурором або іншими правоохоронними органами
Приклади наказів	Тимчасове вилучення (saisie conservatoire, Франція)	Наказ Марева (загальне право)

Джерело: Світовий банк

Наказ Марева

В юрисдикції Британської Співдружності накази про заморожування активів походять від так званого наказу Марева, який був виданий у справі *Mareva Compania Naviera S.A. проти International Bulkcarriers S.A.* (1975) та набув чинності в Розділі 37 Закону Сполученого Королівства Про Верховний Суд 1981 року. Ці накази можуть видаватися з метою запобігання виведенню активів відповідачем за межі юрисдикції або розпорядження ними іншим чином. Щоб отримати наказ Марева, позивач повинен надати:

- обґрунтований позов по суті;
- реальний ризик невинуватого виведення активів та
- гарантії того, що такий наказ є справедливим та доцільним за будь-яких обставин.

Цивільно-процесуальні норми Сполученого Королівства визначають, що наказ може бути виданий стосовно активів «незалежно від того, чи розташовані вони в даній юрисдикції»(CPR 25.1(1) (f)).

Пам'ятайте, що наказ про заморожування активів не передбачає будь-якої передачі майна між позивачем та відповідачем, та що для отримання наказу про конфіскацію мають бути надані подальші докази (текстовий блок 5.6).

Заходи забезпечення, доступні в юрисдикціях загального права: приклад Франції

В юрисдикціях цивільного права також доступні правові заходи заморожування та вилучення активів. У Франції, наприклад, *the Code des Procédures Civiles d'Exécution* (CPCEх) визначає можливі цивільно-правові засоби захисту в справах щодо повернення майна. Зокрема, стаття L.111-1107 визначає, що будь-який кредитор має право застосовувати заходи забезпечення, щоб гарантувати дотримання його прав. Подібним чином, Стаття L.511-1 CPCEх визначає тимчасове вилучення активів: Позивач може просити, *ex parte*, про отримання наказу про заморожування активів, які належать відповідачу, за умови наявності необхідності (*fondée en son principe*) та за умови, наявності підозр щодо їх зникнення (*circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance*). Це дуже неформальна процедура, і заявник має подавати позов спеціальному судді (*juge de l'exécution*).

Спеціальний суддя може видати тимчасовий наказ про вилучення активів. Однак, у французькому законодавстві розрізняються поняття вилучення, яке застосовується до більшості персонального майна (матеріального і нематеріального, включно із банківськими рахунками та боргами) та поняття засобів судового забезпечення позову, які застосовуються в основному до нерухомості. На додаток, щоб бути ефективними, засоби судового забезпечення позову щодо нерухомості повинні реєструватися в Земельному кадастрі.¹⁰⁸

¹⁰⁷В статті L. 111-1 CPCEх визначається: «Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits».

¹⁰⁸Бернд Х Клозе, вид., Відстеження та повернення активів – *The FraudNet World Compendium* (Берлін: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., 2009), 116.

Цей тип вилучення дуже цікавий для кредиторів, які хочуть забезпечити майно, яке нібито тримається у фінансових установах. Звертаючись до судді із запитом про надання тимчасового наказу про вилучення активів, які належать боржнику, кредитор або держава-позивач можуть отримати наказ для фінансових установ про заморожування («блокування») активів.

Текстовий блок 5.6 Наказ Марева та судовий наказ про заморожування активів по всьому світі

Mareva Compania Naviera S.A. (позивачі) були власниками судна Mareva. Вони здавали його в оренду International Bulkcarriers S.A. (відповідачі), фрахтівникам для подорожі до Східної Азії та назад. Фрахтівники передали судно по договору суборенди. Фрахтівники отримали платіж на банківський рахунок в Лондоні від суборендатора, але не сплатили повну суму позивачу, яка йому належала. Тому позивач подав позов про несплачену орендну плату та відшкодування шкоди, спричиненої відмовою від зобов'язань. Серед інших процедур, вони застосували наказ про заборону відповідачам розпоряджатися коштами в Лондонському банку, стверджуючи, що існує значна небезпека, що гроші можуть зникнути з банківського рахунку в Лондоні. Суд видав наказ про арешт коштів на обмежений період часу на основі заяви ex parte, але потім відмовився продовжити його. При розгляді апеляції Апеляційний суд продовжив термін дії наказу, який з часом став відомим як наказ «Марева».

Правова концепція наказу Марева викладена у вироку лорда Деннінга: Якщо очевидно, що заборгованість існує та має бути сплачена, і існує небезпека, що боржник може позбутися свого майна, щоб не виконувати рішення суду, суд має юрисдикцію у відповідному випадку прийняти проміжне рішення з метою запобігання тому, щоб боржник позбувся цього майна. Я вважаю це відповідним випадком, щоб застосувати цю юрисдикцію. У лондонському банку знаходяться гроші, які призначені для цих фрахтівників. Фрахтівники мають контроль над цими коштами. Вони можуть в будь-який час позбутися цих коштів або вивести їх з цієї країни. Якщо так станеться, власники судна можуть ніколи не отримати своєї орендної плати. На даний момент судно знаходиться в міжнародних водах. Воно пройшло Кейптаун на шляху до Індії. Воно закінчить подорож, і вантаж буде розвантажений. А власники судна можуть взагалі не отримати свою орендну плату. Зважаючи на цю небезпеку, я вважаю, що суд повинен видати наказ про обмеження дій фрахтівників щодо розпорядження цими коштами, які на даний момент знаходяться в лондонському банку, до суду та винесення рішення по цій справі. У разі, якщо фрахтівники будуть невдоволені цим рішенням, коли вони про нього почують, вони можуть його оскаржити. Але на даний момент власники судна мають бути захищені. Це абсолютно справедливо і правильно, що суд має видати такий наказ. Тому я продовжую термін дії наказу.

Джерело: Mareva Compania Naviera SA проти International Bulkcarriers SA, [1980] 1 All ER 213.

2. Інші засоби збереження активів

Інші засоби збереження активів включають «лист Марева», речові накази та призначення тимчасового адміністратора, розпорядника або ліквідатора.

«Лист Марева»

У випадку, якщо доходи від корупційної діяльності знаходяться на депозитному рахунку в банку, «Лист Марева» є ще однією можливістю захистити і зберегти визначені активи. Лист Марева – це повідомлення третій стороні-розпоряднику або держателю активів, таким як банк, про те, що дані активи можуть знаходитись в довірчій власності. Іншими словами, вони інформують держателя активів, що особа, яка значиться у них як законний власник, може, як буде визначено в судовому порядку, бути довірчим власником цих активів від імені іншої особи.¹⁰⁹ Результатом листа Марева має стати заморожування даних активів за умови виконання трьох умов, перелічених вище (обґрунтований позов по суті, реальна загроза зникнення та справедливості наказу). Надсилання банку повідомлення про те, що його використали у шахрайстві, залишає його незахищеним від можливих особистих та публічно правових дій, якщо він не попередить подальше незаконне використання коштів, що може спонукати банк, за власним бажанням, припинити видачу коштів.

Зазвичай це проста процедура: заморожування активів може набути чинності після надання листа певному розпоряднику або держателю, інформуючи їх про реальне походження або бенефіціарне право власності на визначені кошти або активи, та повідомляючи їм про їх цивільну та можливо кримінальну відповідальність як спільників, у разі будь-якої передачі або вибуття активів, про які йде мова. Однак, ця процедура повинна супроводжуватися іншими заходами, кримінальними або цивільними. Наприклад, сторона, яка прагне повернути вкрадені активи, може отримати речовий наказ або дозвіл на призначення тимчасового адміністратора або ліквідатора. Небезпека неотримання судової заборони, одночасно із направленням листа, полягає в тому, що лист Марева може слугувати засобом повідомлення відповідача про спроби потерпілої сторони повернути активи, і, якщо банк відмовиться вжити заходів щодо запобігання переміщенню відповідних коштів, відповідач може перевести кошти за межі досяжності потерпілого.

¹⁰⁹Мартін С. Кенні, «Лист Марева – збереження активів у позасудовому порядку, руйнування аргументації банку про добросовісність, надаючи йому інформацію про шахрайство (доповідь підготовлена для конференції ICC FraudNet, Лондок, 21 вересня, 2006 року)».

Речові накази

Речовий наказ стосується майна або доходів, які доведено отримані від цього майна (так звана власність) відповідача та забороняє дії із цим майном. Заявник повинен продемонструвати обґрунтований позов і те, що видання такого наказу є справедливим і відповідним. Немає потреби доводити ризик зникнення, оскільки відповідач володіє майном позивача.

Призначення тимчасового адміністратора, розпорядника або ліквідатора

У випадку із юридичними особи, що перебувають в процесі ліквідації, призначення тимчасового адміністратора, розпорядника або ліквідатора – це прагматичний підхід до збереження та відстеження активів, розміщених в компанії та її підрозділах. Зокрема, однією із функцій розпорядника буде забезпечення того, щоб активи, визначені вищезазначеними заходами, були отримані і збережені для того, щоб позивачі могли повернути свої активи.

6. Правові засоби міжнародного співробітництва: як отримати докази на підтримку позову

У міжнародних цивільних справах про повернення активів, фахівці-практики повинні пам'ятати, що міжнародне співробітництво дуже важливе для повернення активів, які сховані у іноземних юрисдикціях. Зокрема, таке співробітництво необхідне для збирання доказів, для запровадження заходів забезпечення, для виконання судових рішень та згодом для конфіскації доходів, отриманих в результаті корупційних дій. У кримінальних справах міжнародне співробітництво, як правило, включає «неофіційну допомогу» та запити на більш офіційну взаємну правову допомогу (ВПД).¹¹⁰

Хоча і менш дієві, але такі можливості існують і у цивільному праві. Щоб подати запит на допомогу у міжнародній цивільній справі, повинна існувати правова підстава («основа») в законі, щоб дозволити або зобов'язати надавати допомогу, яка запитується. Підстава може бути вказана у запиті. Правова підстава може засновуватися на (а) багатосторонніх конвенціях (таких, як Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції), угодах або договорах, що містять положення про запити про надання допомоги у міжнародних цивільних справах; (б) двосторонніх угодах та договорах про надання взаємної допомоги; (в) внутрішньому законодавстві, яке дозволяє міжнародну співпрацю у цивільних справах, або (г) обіцянці про взаємодію, отриманій дипломатичними каналами, яка називається «судове доручення» або «взаємність» у деяких юрисдикціях.¹¹¹

А. Міжнародні конвенції, що підтримують міжнародне співробітництво

Хоча міжнародна правова допомога можлива без офіційних міжнародних угод, наявність таких угод, як правило, покращує співробітництво між національними судами.¹¹² Більше того, окремі багатосторонні конвенції, договори та угоди містять положення, які зобов'язують або заохочують підписантів до надання взаємної правової допомоги в рамках міжнародного законодавства.

¹¹⁰ Жан-П'єр Брун, Клайв Скотт, Кевін М. Стівенсон та Ларісса Грей, Довідник з питань повернення активів: Практичний посібник для фахівців-практиків (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011 рік), 6, <http://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>. Третій шлях, екстрадиція, застосовується лише у кримінальних справах.

¹¹¹ Ibid., 138–39.

¹¹² Гері Борн, Міжнародне цивільне провадження у судах Сполучених Штатів: коментарі та матеріали, Kluwer Law International; 3d ed. (1997).

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC)

Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції або UNCAC – це найбільш широко застосовна міжнародна угода, яка спрямована на міжнародну співпрацю в контексті корупції. Вона була підписана 171 країною та зобов'язує держави, що підписалися, надавати одна одній якомога ширшу допомогу у розслідуваннях, переслідуваннях та судових процесах стосовно корупційних справ.¹¹³ Особливо UNCAC спрямована на повернення доходів, отриманих в результаті корупційних дій.

Зокрема, Стаття 43 UNCAC визначає, «Держави-учасниці повинні співпрацювати у кримінальних справах у відповідності до Статей з 44 по 50 Конвенції. У випадках коли це є доречним та відповідає внутрішній правовій системі, Держави-учасниці повинні розглядати надання допомоги одна одній у розслідуваннях та провадженнях по цивільних та адміністративних справах, що стосуються корупції» (виділення тексту додане). Хоча, здається, що це формулювання виключає обов'язкове застосування у цивільних справах, воно надає значне заохочення до добровільної допомоги. Таким чином, сторони можуть використовувати Статтю 43, як правову підставу для прийняття та сприяння взаємній правовій допомозі в цивільних справах. У відповідності до Статті 46 UNCAC, параграфа 8, держави-учасниці не можуть відмовляти в наданні взаємної правової допомоги у відповідності до Статті 46 через банківську таємницю.

2. Гаазькі Конвенції

Гаазькі Конвенції в частині цивільно-процесуального права та отримання доказів за кордоном розроблені з метою сприяння передачі та виконання судових доручень, а також пристосування різних методів збору доказів та покращення взаємної співпраці у цивільних і кримінальних справах. Конвенції визначають мінімальні стандарти міжнародної правової співпраці, спрощуючи різні процедури в ході збору доказів за кордоном.¹¹⁴ Ці Конвенції стосуються судових доручень, а також збору доказів дипломатами, співробітниками консульств та уповноваженими.¹¹⁵

«Судові доручення» – це основний засіб, за допомогою якого судова влада держави-учасниці запитує від компетентних органів влади іншої країни-учасниці докази або виконання певних судових рішень. Таким чином, адвокат позивача спочатку подає запит до відповідного органу судової влади своєї держави, який потім готує запит до держави, від якої запитуються докази.

¹¹³ Ibid., 139.

¹¹⁴ Див. Роберт Дж. Августін, «Отримання міжнародної правової допомоги, у відповідності до федеральних правил та Гаазької Конвенції для збору доказів за кордоном у цивільних та комерційних справах: Пояснення процедури та практичний приклад: У провадженні по справі щодо контракту Westinghouse Uranium,» Видання штату Джорджія з питань міжнародного та порівняльного права 10, №. 7.598/2010).

¹¹⁵ Див. матеріали Ради Європи «Міжнародна судова співпраця в цивільних справах: Збір доказів в цивільних та комерційних справах» http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/Civil/Paper4_en.asp#P153_10008

У відповідності до Статті 2, «центральна влада» призначена отримувати запити від судової влади іншої країни-учасниці та передавати їх до органів влади, які мають повноваження їх виконувати. Застосовне право – це право судової влади, яка виконує судові доручення (іншими словами, держави-отримувача). Запитувана влада має вжити відповідні заходи примусу в рамках свого внутрішнього законодавства для виконання наказів, виданих владою своєї країни.

Запитувана держава може відмовити у виконанні судового доручення лише, якщо виконання доручення не є в межах функцій судової влади запитуваної держави, або якщо запитувана держава вважає, що таким чином буде завдано шкоди її суверенітету або безпеці.

Виконання того, про що запитується у дорученні, не має призводити до будь-якого відшкодування податків або витрат будь-якого роду. Однак, держава-виконавець має право вимагати від держави-заявника відшкодування оплати роботи експертів та перекладачів і витрат, що виникли в результаті застосування спеціальної процедури, яка вимагається.

В діаграмі на малюнку 6.1 описано, як отримати за кордоном докази у цивільних або комерційних справах в рамках Гаазької Конвенції.

На практиці Конвенція часто використовується для отримання усних свідчень від свідка та отримання банківської інформації, перевірки нерухомості та особистої власності, а також для отримання інформації стосовно доходів особи. Як правило, відповіді на запити отримуються в термін від шести місяців до одного року (див. текстовий блок 6.1).¹¹⁶

Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах,¹¹⁷ яка відома як Гаазька Конвенція про вручення документів, покращує взаємну правову допомогу, зокрема, створюючи відповідні засоби забезпечення того, щоб судові та позасудові документи вручалися за кордоном у належний строк.¹¹⁸ Вона дозволяє здійснювати вручення судових документів в державах-учасниках без використання консульських або дипломатичних каналів.

¹¹⁶В 2007 році главу 1 використовували 1 500 разів, а главу 2 використовували 2 500 разів у відповідності до відповідей, наданих в анкеті, розісланих сторонам в 2008 році.

¹¹⁷Конвенція була укладена 15 листопада 1965 року, її можна знайти на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=17.

¹¹⁸«Вручення судової повістки» – це процедура, за якою сторона судового процесу надає відповідне повідомлення про початковий судовий позов, щоб надати можливість іншій стороні приймати участь в провадженні в суді або іншій судовій установі. Повідомлення надається через доставляння пакету судових документів («процесуальні документи») особі, яка має бути повідомлена. Вручення судової повістки надає можливість суду застосувати свою юрисдикцію до сторін та суперечки.

Малюнок 6.1 Як отримати докази за кордоном у цивільних чи комерційних справах



Джерело: Світовий банк

Текстовий блок 6.1 Використання Гаазьких конвенцій для запиту банківської документації

Австралія: Sykes проти Richardson (2007) NSWSC 418.

Верховний суд Нового Південного Уельсу розглянув судове доручення стосовно провадження про порушення антимонопольного законодавства в Сполучених Штатах. Суд відхилив заперечення щодо того, що таке провадження не є «цивільним або комерційним» по природі, незважаючи на можливість присудження штрафних санкцій, та надав допомогу.

Особливий адміністративний район Гонконг, Китай: Prediwave Corporation проти New World TMT Limited та Modern Office Technology Ltd. проти New World TMT Ltd. (2006) HKCA 392; CACV000292/2006, 17 жовтня 2006 року.

Ці справи включали судові доручення від Сполучених Штатів, які просили про розкриття певних категорій банківських документів та отримали заперечення на підставі того (серед інших причин), що банківська таємниця не дозволяє розкривати ці документи. Апеляційний суд Особливого адміністративного району Гонконг, Китай аргументував, що банківська таємниця не є достатньо вагомою причиною, щоб переважити державний інтерес щодо надання допомоги іноземному суду.

Джерело: Світовий банк

3. Інші відповідні конвенції або інструменти

Інші конвенції включають Конвенцію ОЕСР по боротьбі з підкупом посадових осіб іноземних держав при здійсненні міжнародних бізнес-операцій і почнуть бути дієвими для міжнародної судової та правової допомоги. Стаття 9 § 1 Конвенції ОЕСР закликає до міжнародної співпраці не лише з метою кримінальних розслідувань та проваджень, але й також для некримінальних проваджень в рамках Конвенції.¹¹⁹ Фахівці-практики можуть розглядати ці конвенції у конкретних випадках з метою здійснення або сприяння процесам міжнародного співробітництва.

¹¹⁹Конвенція ОЕСР по боротьбі з підкупом посадових осіб іноземних держав при здійсненні міжнародних бізнес-операцій, Стаття 9, параграф 1: «Кожна сторона повинна, якомога повніше в рамках свого законодавства та відповідних угод та договорів, надавати швидку та ефективну правову допомогу іншій стороні у кримінальних розслідуваннях та провадженнях, які відкриваються стороною стосовно злочинів в рамках цієї Конвенції, та у некримінальних провадженнях в рамках цієї Конвенції, відкритих стороною проти юридичної особи. Запитувана сторона повинна інформувати запитуючу сторону, без затримки, про будь-яку додаткову інформацію або документи, необхідні на підтримку запиту про допомогу та, де запитується, про статус та результати запиту про допомогу. Текст знаходиться на веб-сторінці http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.

Б. Регіональні засоби, що сприяють взаємній правовій допомозі

Також корисними можуть бути відповідні регіональні угоди. В Європейському Союзі Регламент Ради Європи 1206/2001 від 28 травня 2001 року, співробітництво між судами держав-членів у збиранні доказів в цивільних і комерційних справах, визначає два варіанти збирання доказів у іншій країні-члені. Перший стосується прямої передачі між судами, а другий – прямого збору доказів запитуючим судом. У першому випадку, суд країни-члена просить компетентний суд іншої країни-члена зібрати докази, необхідні для судового процесу. У другому випадку, суддя однієї країни-члена може попросити дозволу у судді іншої країни-члена зібрати докази у цій країні або напряму, або через іншу призначену особу.

Пряме збирання доказів може відбуватися лише, якщо воно може здійснюватися на добровільній основі, без вжиття засобів примусу. Воно здійснюється членом судового відомства або будь-якою іншою особою, такою як експерт, у відповідності до законодавства держави-члена запитуючого суду. У відповідності до Статті 3, для надання інформації судам, вирішення проблемних питань та передачі запитів компетентним судам у виняткових випадках, коли про це просить запитуючий суд, кожною державою-членом призначається центральний орган влади. У відповідності до регламенту запити мають виконуватися без затримки – не пізніше, ніж через 90 днів після отримання – та у відповідності із законодавством запитуваної країни (Стаття 10). Запитуваний суд повинен, без затримки, надіслати запитуючому суду документи, які свідчать про виконання запиту (Стаття 16).

Аналогічним чином діє Міжамериканська конвенція про збирання доказів за кордоном – з 1975 року також розглядає дану тему. У відповідності до Додаткового протоколу від 1984 року до Міжамериканської конвенції про збирання доказів за кордоном, центральна влада держави-члена направляє судове доручення центральній владі іншої держави-члена. Остання передає судове доручення на виконання відповідному судовому або іншому органу, що здійснює юрисдикцію (Стаття 3).

В. Фактори, які треба брати до уваги при збиранні доказів в іноземних юрисдикціях

1. Потенційні правові перешкоди у збиранні доказів в іноземних юрисдикціях: закони, що накладають заборону

Фахівці-практики мають усвідомлювати, що пряме збирання доказів у іноземних юрисдикціях може бути не завжди можливим. У деяких країнах є «забороняючі закони», які обмежують або забороняють передачу документів та інших даних для використання у провадженнях за кордоном, за винятком випадків, коли така передача відповідає положенням Гаазької Конвенції про отримання доказів за кордоном (див. текстовий блок 6.2).

Текстовий блок 6.2 Закони, що накладають заборону: приклад Франції

У Франції, закони, що накладають заборону, передбачають кримінальне покарання за передачу інформації за кордон для використання у судових процесах за кордоном, за винятком випадків, які є в рамках Гаазьких Конвенцій. Зокрема, Стаття 1 забороняє «будь-якій особі запитувати, розслідувати або передавати письмово або усно, або за допомогою будь-яких інших засобів документи або інформацію, що стосується економічних, комерційних, промислових, фінансових або технічних питань, що призводять до встановлення доказів, для цілей іноземного адміністративного або судового провадження, або як частину таких проваджень. Стаття 1 визначає «у відповідності до договорів та міжнародних угод та законів і регламентів». Таким чином, передача за кордон певних типів документів або відповідей на запити про документи, які стосуються економічних, комерційних або фінансових питань, заборонені. Єдиними прийнятними засобами обміну інформацією є обмін в рамках Гаазької Конвенції про збирання доказів або через запити про міжнародну взаємну правову допомогу у цивільних справах.

Примітка: французький закон № 68-678 від 26 липня 1968 року, який стосується передачі економічної, комерційної, промислової, фінансової або технічної документації та інформації фізичним або юридичним особам за кордоном, доповнений законом № 80-538 від 16 липня 1980 року.

2. Міркування при запиті взаємної правової допомоги у цивільних справах в рамках міжнародних угод

Коли держави та їх радники розглядають можливість надсилання запиту на отримання взаємної правової допомоги в контексті цивільних справ, вони мають брати до уваги наступні відповідні фактори, які важливі для міжнародної співпраці:

- чи існує двостороння або багатостороння угода, у яких відповідні держави є підписантами, та які визначають умови міжнародної співпраці в контексті цивільних проваджень;
- чи це виключно цивільна справа, чи в ній є кримінальний компонент;
- правова система країни, яку запитують про співпрацю;
- чи існує «блокуюче» законодавство або закони про захист даних (див. нижче);
- чи є в країни, яку запитують про співпрацю, якісь конкретні обмеження або заборони стосовно вручення судових повісток, збирання доказів або визнання та виконання судових рішень;
- процесуальні гарантії для зацікавлених сторін.

Зокрема, міжнародна співпраця з повернення активів за допомогою цивільно-правових засобів захисту може блокуватися стороною отримувача через недостатню законодавчу базу і процедури та обмежені ресурси для надання допомоги. У деяких країнах можуть бути також закони, які обмежують їх участь у наданні правової допомоги із збирання доказів, включно із законами про захист суверенітету, банківську таємницю, торгові секрети, конфіденційність та захист свідків.

На додаток до вищезазначених законів, що накладають заборону, існує два інших важливих типи законів, які можуть впливати на можливість збору доказів або повернення активів з закордону в процесі цивільного провадження: закони про захист персональних даних та закони, що накладають зобов'язання щодо розкриття інформації. Текстові блоки 6.3 та 6.4 демонструють кожний із цих типів законів.

Текстовий блок 6.3 Закони про захист персональних даних в Європейському Союзі

На європейському рівні приклади включають наступні:

Директива 95/46/ЕС Європейського Парламенту та Ради Європи від 24 жовтня 1995 року про захист осіб стосовно обробки персональних даних та вільного переміщення таких даних.

Директива 2002/58/ЕС стосовно обробки персональних даних та захисту приватності в секторі електронних комунікацій (Директива про приватність та електронні комунікації).

Кожна країна ЄС впроваджує директиву по-своєму, створюючи комплексну систему законодавства про захист приватного життя, яка може обмежувати інформацію, що може бути отримана через цивільні запити про надання інформації для цілей судових процесів.

Джерело: Світовий банк

Текстовий блок 6.4 Зобов'язання щодо розкриття інформації в Люксембурзі та Швейцарії

Спеціальне законодавство в Люксембурзі та Швейцарії вимагає надання повідомлення власнику активів про виконання ВПД запиту у цивільних справах з метою надання особі можливості оскаржити надання запитуваної допомоги. Повідомлення попереджує його про те, що проводиться розслідування та надає йому можливість сховати або розпорошити свої активи і, таким чином, затримати або заблокувати весь процес. Таким чином, було запропоновано усунути такі завчасні попередження, особливо у випадках, де ймовірність розпорошування активів дуже висока.

Примітка: ОЕСР (Організація економічного співробітництва і розвитку), зобов'язання щодо запобігання корупції та повернення активів (Вашингтон, округ Колумбія: ОЕСР та МБРР / Світовий банк, 2011 рік), 39; див. також Кевін Стівенсон, Ларисса Грей, та Рік Пауер, Перешкоди при поверненні активів: Аналіз основних перешкод та рекомендації щодо можливих дій по їх усуненню (Вашингтон, округ Колумбія: Світовий банк, 2011), 56–57 (StAR Initiative).

Фахівці-практики мають зважувати чи можливо або потрібно використовувати ці конвенції у конкретних справах, щоб здійснити або сприяти процесам міжнародного співробітництва. Окрім цих міжнародних правових заходів, фахівці-практики повинні пам'ятати про важливість неформальної допомоги та роль таємної дипломатії в цивільних справах про повернення активів. Більш того, поверненню вкрадених активів можуть інколи сприяти держави або міжнародні організації.

7. Шкода та відшкодування: на яку суму пред'являти позов?

При поданні цивільного позову про повернення активів, важливо з самого початку оцінити вартість активів, які можливо повернути. Таким чином, природно виникають питання стосовно розрахунків щодо провадження та фінансових наслідків корупційної діяльності. В цій главі обговорюються різні методи розрахунку суми, на повернення якої може сподіватися влада – вартість вкрадених активів або сума шкоди, про відшкодування якої може бути поданий цивільний позов. Деякі методи підрахунків збігаються із методами, які використовуються у подібних кримінальних або інших правозастосовних справах.

Хоча це далеко не точна наука, деякі розрахунки можуть бути зроблені, і правові норми повинні бути визначені з самого початку провадження. Підхід, обраний для розрахунку вигоди або шкоди, спричиненої корупційними діями, залежить від типу судового позову та відповідних правових засобів захисту по кожній конкретній справі.¹²⁰ Чітке пояснення судів щодо того, які методи використовувати в цивільних позовах про корупцію часто відсутнє. Як і у випадку із визначенням того, який позов подавати, підрахунок суми відшкодування необхідно обговорити із досвідченим радником в певній юрисдикції, де планується подавати позов або такий позов був поданий. Проте, корисно мати концептуальне уявлення про правові норми, що розглядаються різними судами та вченими.

Останнє, повне повернення вкрадених активів відповідача або повернення лише його доходів не гарантує стримуючого покарання. Це є причиною того, чому інші цивільно-правові засоби захисту, включно із штрафними санкціями та розрахунком «соціальної шкоди», інколи застосовують задля досягнення цієї цілі. Однак, те чи є стримування відповідною сутністю цивільного права залишається предметом обговорення. В останньому розділі цієї глави обговорюються нові правові норми, які можуть розглядатися або випробовуватися з метою вирішення цих питань (Б).

¹²⁰ Див. аналіз для всіх правових засобів захисту, Спільний аналіз ОЕСР / StAR, ОЕСР / Світовий банк, Визначення та оцінка прибутків від хабарництва, нова редакція, с. 29, лютий 2012 року, публікація ОЕСР, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en>.

А. Методи, що використовуються для кількісної оцінки компенсації, відшкодування або незаконних доходів

Для оцінки вартості цивільного позову можуть використовуватися різні підходи в залежності від правової підстави позову або використаних правових засобів захисту. Ці методи стосуються компенсації, відшкодування шкоди за контрактом та повернення незаконних доходів. Всі три категорії також можуть бути присутніми в одній справі.

1. Відшкодування шкоди

У разі, якщо держава визнана потерпілою стороною від корупції, держава може вимагати компенсації шкоди в цивільних судах. Компенсаторні збитки надають позивачам конкретну грошову суму, необхідну для компенсації реального ушкодження або економічних збитків в результаті корупційної діяльності. Основним правилом при визначенні компенсаторних збитків є те, що потерпіла сторона повинна бути поставлена у якомога близьку ситуацію до тієї, у якій би вона була, якби не були вчинені корупційні дії або не було хабара. В урядових контрактах компенсація може базуватися на деліктних позовах, у випадку якщо шкода була спричинена в результаті корупції на стадії ведення переговорів по даному контракту. Якщо корупційні дії відбулися під час виконання контракту, може бути присуджене відшкодування шкоди за порушення умов договору. В такому разі, контракт сам по собі може бути підставою для відшкодування збитків, як показано в текстовому блоці 7.1.¹²¹

Суди можуть оцінити, наприклад, різницю між ціною або якістю товарів та послуг, наданих хабародавцем, та ціною або якістю, які мав отримати клієнт, якби його агент не брав хабара.¹²²

Ціль полягає у встановленні рівня шкоди, яка призводить державу до стану, в якому б вона не була за відсутності корупційних дій. В даному контексті необхідно взяти до уваги декілька факторів. Перше, доходи компанії будуть не достатнім мірилом шкоди у таких випадках. Більш широко, дохід, отриманий підрядником, як правило, буде дорівнювати шкоді, спричиненій державі, лише якщо в результаті корупційних дій певні грошові доходи від конкретного проекту були отримані компанією, а не державою. Однак, якщо хабар також вплинув на проект як такий, його розмір, або методи його виконання, тоді спричинені збитки можуть бути більшими.¹²³ Розмір збитків буде відповідно ближчим

¹²¹ «Штрафні санкції» означають, що сторони вирішують при підписанні контракту, яка сума буде сплачуватися у разі порушення контракту.

¹²² ОЕСР / Світовий банк, Визначення та кваліфікація доходів від хабара, нова редакція, 33.

¹²³ Декілька прикладів: побудована дамба, яка має незначні переваги; побудована дорога, на якій майже немає руху транспорту; енергогенеруюча станція занадто велика; або військові закупують непотрібне обладнання.

до повної вартості проекту, щоб якомога більше наблизити країну до результату. На додаток, спричинена державі шкода може перевищувати дохід хабародавця, якщо брати до уваги витрати держави по даній операції, або якщо суд пораджує «моральну» шкоду або шкоду «ділової репутації».

Текстовий блок 7.1 Компенсація збитків за укладання договору на невідгідних умовах: Fyffes Group Ltd. проти Templeman (Сполучене Королівство)

Позивач, Fyffes Group, займалася торгівлею бананами та потребувала транспортних послуг. Протягом чотирьох років співробітник Fyffes отримував непрямі хабарі, загальна сума яких склала 1,4 мільйонів доларів США, від транспортної компанії в обмін на узгодження контрактів між Fyffes та транспортною компанією, на умовах, вигідних для транспортної компанії.

Fyffes прагнула відшкодування шкоди, що була спричинена її працівником, транспортною компанією – хабародавцем та її агентами.^a Суд визнав, що не може бути сумнівів щодо того, що хабарі вплинули на розрахунок вартості перевезень транспортною компанією за кожен рік. В результаті, всім відповідачам була присуджена солідарна відповідальність в розмірі вартості хабарів.

На додаток, транспортній компанії та її агенту (хабародавцю) була присуджена сплата додаткової компенсації за збитки, які понесла Fyffes від підписання контрактів на невідгідних умовах. Щоб розрахувати суму цього зобов'язання, суд визнав, перше, що Fyffes уклала би договір із транспортною компанією, навіть якби цей працівник не поведився нечесно. В результаті, «звичайні» доходи, отримані від кількості та вартості перевезень, які були б зароблені зазвичай чесним та відкритим посередником, були отримані не в результаті хабара.^b

Щоб розрахувати «надзвичайний» дохід та шкоду, суд врахував свідчення, надані експертами з перевезень, щоб визначити різницю між сумами реально сплаченими Fyffes, та сумами, які були б сплачені при інших рівних умовах, якщо би Fyffes була б представлена у переговорах чесним та розважливим брокером, а не корумпованим працівником.^c

Примітка: Fyffes Group Ltd. проти Templeman [2000] 2 Lloyd's Rep 643 (Сполучене Королівство).

a. ОЕСР / Світовий банк, Визначення та кваліфікація прибутків від хабара, нова редакція, стор. 56, лютий 2012 року, публікація ОЕСР, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en>.

b. Ibid., 57.

c. Ibid.

2. Відшкодування на основі визнання контрактів недійсними

У корупційних справах, як обговорювалося раніше, основний контракт між державою та хабародавцем може бути визнаний недійсним. На додаток до права вимагати відшкодування шкоди, держава – сторона договору – може подати позов до суду про анулювання та визнання недійсним такого контракту.

Текстовий блок 7.2 Підрив репутації та моральна шкода, спричинені корупцією: судова справа місто Канни проти колишнього мера та хабародавців

Після того, як вони були визнані винними у корупції через хабарництво, місто Канни подало позов проти мера Канн та хабародавців. Мер та хабародавці були визнані винними, і їм була присуджена сплата місту 100 000 євро відшкодування шкоди за підрив репутації міста Канни в результаті правопорушення, на додаток до інших штрафів, присуджених по результатах кримінальної справи.

Хабародавці подали апеляційний позов проти цього рішення суду, яке було залишене в силі *Cour d'appel* of Aix en Provence 14 грудня 2005 року. В *Cour de Cassation* (найвищий суд у Франції) хабародавці намагалися оскаржити застосування цивільно-правових засобів захисту. Вони стверджували, що шкода, спричинена громадським діячем, відноситься до загального «*intérêt social*», який захищається позовом держави, кримінальним позовом, і тому цивільна шкода не застосовується до таких випадків.

Cour de cassation відхилив цю аргументацію та залишив рішення суду попередньої інстанції в силі, заявляючи: «корупційні дії мера міста, здійснені за вказівкою підозрюваних, завдали значної шкоди добрій репутації міста, зокрема, відомого на весь світ своїми кінофестивалями та іншими подіями міжнародного масштабу». Він також залишив в силі рішення *Cour d'appel* про присудження компенсації в порядку цивільного провадження місту Канни, яка мали бути спільно сплачена мером та хабародавцями на підставі того, що корупція та співучасть були пов'язаними злочинами.

З метою винесення рішення *Cour de cassation* зазначив, що *Cour d'appel* правильно визначив те, що місту Канни було завдано моральної шкоди, яка відрізняється від шкоди суспільству, у відповідності до *intérêt social*, за яку були присуджені штрафи в порядку кримінального провадження.

Примітка: *Cour d'appel d'Aix en Provence*, 14 грудня, 2005 року, залишено в силі *Cour de cassation*, 14 березня, 2007 року, n° de pourvoi 06-81010.

Якщо суд погодиться та визнає контракт недійсним, держава може отримати право на повернення всіх сум, сплачених за цим контрактом (валовий дохід), або доходів після вирахування витрат та вартості виконання контракту, понесених хабародавцем (чистий дохід).¹²⁴ В деяких юрисдикціях суди приймають рішення про те, що держава мала право на відшкодування всіх виплат, здійснених за контрактом, та що підрядник не міг отримати несплачених гонорарів або вартості виконаних робіт, як показано у справі, описаній в текстовому блоці 7.3.

Текстовий блок 7.3 Повернення повної суми договору, що був укладений за корупційних умов: S. T. Grand Inc. проти міста Нью-Йорк (Сполучені Штати)

Компанія Grand уклала контракт із містом Нью-Йорк вартістю 840 000 доларів США на очищення водоймища. Компанія Grand отримала 690 000 доларів США, а сума у розмірі 150 000 доларів США залишалася належною до сплати. Згодом було з'ясовано, що контракт був укладений завдяки сплаті «відкату», посадовій особі міста.

Компанія Grand подала позов проти міста на різницю вартості контракту, що належала до сплати; місто подало зустрічний позов про повернення вже сплаченої суми. Вищий суд Нью-Йорку застосував загальне правило, що якщо робота виконана у відповідності до незаконного муніципального контракту, виконавець не може отримувати жодної оплати ані за контрактом, ані по справедливості. Таким чином, компанії Grand було наказано відмовитися від повної вартості контракту, що приблизно складала 840 000 доларів США.

Примітка: S. T. Grand Inc. проти міста Нью-Йорк 32 N.Y.2d 300, 298 N.E.2d 105 N.Y. 1973, at 108.

У інших випадках, однак, суди відмовлялися у відшкодування повної суми контракту, отриманого завдяки хабару, якщо держава мала вигоду від цього контракту. Замість цього, держава могла отримати вартість контракту за мінусом будь-якої вигоди, яку вона отримала. На додаток, контракти можуть містити статті, які накладають штрафні санкції або відшкодування шкоди у випадках, коли сторони не виконують свої зобов'язання, включно із статтями про запобігання корупції (див. текстовий блок 7.4).

¹²⁴ОЕСР / Світовий банк, Визначення та кваліфікація доходів від хабара, нова редакція, 36.

Текстовий блок 7.4 Повернення сум, сплачених підряднику, за мінусом вартості наданих послуг: Cameroon Airlines проти Transnet Ltd.

Transnet уклала контракти з державною компанією Cameroon Airlines на надання послуг з технічного обслуговування. Через посередника був сплачений хабар керівництву Cameroon Airlines та урядовцям.

Арбітражний суд прийняв рішення, що Cameroon Airlines може визнати контракти недійсними, але не може вимагати відшкодування повної суми, яку вона сплатила за цим контрактом. Cameroon Airlines отримала право на відшкодування сум, сплачених за корупційними контрактами на надання послуг на технічне обслуговування, за мінусом «справедливої вартості» послуг, наданих Transnet. Дане утримування «справедливої вартості» із сплаченої суми складалося із комерційної ціни за мінусом «комісії», доданої Transnet для компенсації хабарів, сплачених працівникам Cameroon Airlines.^a Арбітражний суд постановив, що «у випадку, якщо невинна сторона контракту, укладеного в результаті корупційних дій, прагне відшкодування за надані послуги, законодавство Південної Африки вимагає, що вона повинна відшкодувати або запропонувати відшкодування того, що вона отримала, а у разі, якщо це не можливо, запропонувати замість цього грошовий еквівалент таких вигод.

При розгляді апеляції Високий суд Сполученого Королівства анулював рішення арбітражного суду з процедурних причин, але залишив його чинним в частині того, що Cameroon Airlines не мають права на повне відшкодування вартості контракту, оскільки Transnet може вирахувати свої витрати на надання послуг із суми відшкодування.

Примітка: Cameroon Airlines проти Transnet Ltd. [2004] APP.L.R. 07/29.

a. Спільний аналіз ОЕСР / StAR, Визначення та підрахунок доходів від хабарництва (2011), 37, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/50057547.pdf>.

b. Cameroon Airlines проти Transnet Ltd. [2004] APP.L.R. 07/29 para 123.

3. Підрахунок доходів або сум повернення незаконно отриманих доходів

Правові засоби захисту, вжиті на підставі незаконного збагачення, включно із поверненням незаконних доходів, засновані на принципі, що ніхто не повинен отримувати вигоду від своїх правопорушень. Відповідно, суд може примусити правопорушників повернути доходи, отримані незаконним шляхом, плюс відсоток, з метою запобігання незаконному збагаченню.

У відповідних обставинах доходи, які заробляє хабародавець від незаконного контракту, будуть присуджені державі. У деяких юрисдикціях початковою сумою розрахунку вигод, належних до «повернення» або за які має бути понесена відповідальність, є валовий або чистий дохід, отриманий в рамках контракту.

Корисно продемонструвати розрахунки на прикладі дій цивільних регулятивних органів протидії корупції. Один із таких підходів – це «повернення» доходів, отриманих незаконним шляхом.¹²⁵ У таких випадках, загальний метод – це *метод чистого доходу*. Шкода – це валові доходи за контрактом мінус визначені прийнятні витрати і видатки, понесені хабародавцем в ході виконання контракту. Відрахування можуть включати, наприклад, вартість постачання товарів і послуг.¹²⁶

Текстовий блок 7.5 Приклад методу чистого доходу

Доходи = чистий дохід (валовий дохід від контракту мінус витрати/видатки)

У гіпотетичній справі щодо *продажу товарів та послуг*, в обмін на хабар сумою у 5 мільйонів доларів США, компанія отримала проекти на будівництво комунікаційних мереж та систем контролю для державних підприємств. Доходи від проектів були оцінені у 100 мільйонів доларів США. Компанія заплатила 25 мільйонів доларів США за товари, продані для цих проектів. Компанія також приховала хабарі серед припустимих витрат у своїх бухгалтерських документах та вирахувала ці витрати зі своєї бази оподаткування.

Розрахунок вигоди (у доларах США)

Вигода, належна до конфіскації, була розрахована із використанням методу «чистого доходу»:

Прибутки отримані від проектів:	\$100,000,000
— Вартість товарів, проданих проектам:	\$25,000,000
+ Загальна сума сплачених хабарів:	\$5,000,000
= Загальна сума отриманих доходів:	\$80,000,000

Примітка: Спільний аналіз ОЕСР / StAR, Визначення та підрахунок доходів від хабарництва (2011), 31, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/50057547.pdf>.

Інший метод, *метод додаткового доходу*, призведе до інших результатів. Він розраховує доходи, які могли бути отримані у разі відсутності хабара. Таким чином, потрібно було б порівняти подібні контракти, укладені без хабара, із контрактом, отриманим за сприяння хабара, і підрахувати різницю.¹²⁷ Третій підхід – це може бути вимога про відшкодування *валових доходів*, що в дійсності є вимогою про фактичне визнання контракту недійсним.

¹²⁵Ці методи використовуються Комісією по цінних паперах і біржах США у цивільних виконавчих провадженнях.

¹²⁶ОЕСР / Світовий банк, Визначення та кваліфікація доходів від хабара, нова редакція, 30.

¹²⁷Ibid., 32.

4. Конкретні проблеми, які виникають у підрахунку суми незаконних доходів, належних до відшкодування

При підрахунку чистих доходів виникають певні труднощі в результаті необхідності визначення сум відрахувань за певним корупційним контрактом. Закуплені матеріали або штат, найнятий для виконання контракту, як правило вважаються змінними витратами, які можуть бути утримані. Більш складними є постійні витрати, які несе компанія, такі як будівлі або постійний штат та управлінський персонал, який витрачає лише частину свого часу на роботу за даним контрактом, отриманим нечесним шляхом. Хоча метод розподілу цих витрат чітко визначений у багатьох бізнесах, завжди залишатиметься елемент судження у визначенні: чи можуть бути такі постійні витрати розподілені на конкретний проект. В результаті, уряди чи інші установи, які прагнуть повернути активи, можуть потребувати допомоги експертів з питань бухгалтерського обліку, щоб надати суду аргументацію.

Подібним чином, на етапі провадження, що стосується шкоди, може бути необхідним детальний аналіз експертів з бухгалтерського обліку та технічних питань для визначення «звичайних» ринкових цін або норми прибутковості товарів або послуг, які були збільшені підрядником за допомогою корумпованого посадовця. На додаток, позови про компенсацію можуть вимагати розрахунку процентного доходу, що був отриманий хабародавцем, або втрачений позивачем, за сумами присудженими, як відшкодування шкоди. При розгляді тривалих періодів часу визначення відповідних процентних ставок та періодів, за які нараховуються відсотки, буде дуже важливим.

В загальному, в деяких юрисдикціях все ще недостатня правова база для відшкодування шкоди за цивільним провадженням. В інших може існувати законодавство, яке ніколи не застосовувалося на практиці; вони можуть вважати підрахунок отриманих доходів або спричиненої шкоди занадто складним. Лише незначна кількість судів вирішили ці питання; судді мають замало досвіду, і тому будуть необхідні досвідчені радники, які мають їх терпляче навчати. Навіть, якщо країни мають відповідне законодавство та суди, які мають досвід у питанні обчислення сум відшкодування, дуже часто буває важко визначити доходи, отримані в результаті корупції, та обрахувати прибутки через прихованість корупційних дій, особливо, коли факти хабарництва з'ясовуються через роки після отримання контракту.

Б. За межами сьогодення – нові теорії

Фахівці-практики повинні пам'ятати, що для деяких компаній виплата коштів для врегулювання цивільних позовів або компенсації потерпілій стороні може вважатися необхідними бізнес-витратами.¹²⁸ Зважаючи на низький рівень виявлення корупційних дій, компанія, яка бере участь у корупційній діяльності та постійно отримує державні контракти, може вважати, що присудження повернення незаконних доходів або компенсації шкоди, в результаті однієї транзакції, це лише ціна за отримання майбутніх доходів. Іншими словами, відшкодування шкоди може розглядатися як інвестиція. В даному контексті, штрафи можуть діяти як запобіжний засіб, лише, якщо вони в декілька разів перевищуватимуть реальну шкоду.¹²⁹ Штрафні санкції також спонукатимуть приватних позивачів до звернення до суду, тому що розмір присудженої шкоди буде набагато більшим.

Питання, що стосуються штрафних санкцій, є підставою для більш предметного обговорення, що не входить у сферу даного дослідження. В деліктних провадженнях штрафні санкції часто застосовуються в Сполучених Штатах, де за певними типами позовів (наприклад, позови про порушення антимонопольного законодавства та закону про неправомірні претензії), як правило, відповідачам присуджується сплата потрібної суми реальної шкоди (текстовий блок 7.6). На відміну від цього, більшість європейських держав розглядає шкоду, як «компенсаційний інструмент», який протидіє системі, яка призведе до шкоди, яка є більшою від збитків, які зазнала потерпіла сторона.¹³⁰ Більш того, підвищуючі коефіцієнти карального характеру часто вважаються несумісними з принципами компенсації, які повинні мотивувати цивільні позови, і з цієї причини вважаються такими, що суперечать суспільним інтересам (*ordre public*, французькою).

¹²⁸ Насправді, вони можуть бути утримані із їх податків, як бізнес витрати.

¹²⁹ Сьюзан Розе-Акерман та Пол Д. Керрінгтон, Політика протидії корупції: чи можуть міжнародні гравці відігравати конструктивну роль? (Дарем, NC: Carolina Academic Press, 2013).

¹³⁰ Див. Комісія європейського співтовариства, «Робочий документ комісії, на додаток до Білої книги про позови про відшкодування шкоди за порушення антикорупційних правил ЄС» § 182 (2008); <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>.

Текстовий блок 7.6 Штрафні санкції: графство Сант Бернардіно та інші проти Кеннета Волша та інших (Сполучені Штати)

У справі *Графство Сант Бернардіно та інші проти Кеннета Волша та інших*, в якій розглядалися дві схеми хабарництва, апеляційний суд постановив, що «відповідною мірою відшкодування буде повне повернення будь-яких прихованих доходів, отриманих довіреною особою, незалежно від того чи була спричинена шкода керівнику».^a За позовами, окрім позову про нечесну конкуренцію, суд присудив фактичну шкоду у розмірі 4,2 мільйонів доларів США, що включала зарплату хабарника, сплачені йому напрямую хабарі інші «відкати», та гонорари за консультаційні послуги корумпованого агента. Суд також присудив 1 мільйон доларів США штрафних санкцій корумпованому посадовцю та 500 000 доларів США штрафних санкцій корумпованому агенту компанії хабародавця, за порушення фідучіарних зобов'язань та шахрайські дії.

Апеляційний суд залишив в силі сплату штрафних санкцій, дійшовши думки, що вони були обґрунтовані непорядністю поведінки відповідача та були обґрунтовано основані на співвідношенні між присудженням штрафних санкцій, присудженням компенсаційних збитків та спричиненої шкоди; та розміром присудженого штрафу пропорційно до чистої вартості активів кожного відповідача.^b

Примітка: *Графство Сант Бернардіно проти Волша* 58 Cal. App. 4th 533, 69 Cal. Rptr. 3d 848 (Cal. App. 2 Dist. 2007).

a. Ibid. at §15.

b. Ibid. at §15.

Поняття екологічної та соціальної шкоди також з'явилися нещодавно, особливо в деяких юрисдикціях Центральної та Південної Америки. «Соціальна шкода» може бути визначена як збитки, яких зазнали не лише конкретні групи або особи, але й громада в цілому. Це поняття може включати шкоду навколишньому середовищу, довірі до установ, або колективним правам таким, як охорона здоров'я, безпека, мир, освіта, належне врядування та ефективне управління державними коштами. Соціальна шкода відрізняється від шкоди колективним правам, які належать обмеженій та чітко визначеній групі фізичних або юридичних осіб. Соціальна шкода може бути матеріальною та нематеріальною (текстовий блок 7.7).

Текстовий блок 7.7 Поняття соціальної шкоди для отримання повної компенсації: приклад Коста-Ріки

В Коста-Ріці Alcatel-Lucent та індивідуальні відповідачі були звинувачені у сплаті хабарів урядовим посадовцям та посадовцям державної телекомунікаційної компанії Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) за отримання контрактів на розвиток мережі стільникового зв'язку.

Департамент генеральної прокуратури з питань суспільної етики, який виступав в ролі потерпілої сторони від цього правопорушення, прагнув відшкодування соціальної шкоди, спричиненої Alcatel-Lucent людям та казначейству Коста-Ріки та відшкодування шкоди репутації народу Коста-Ріки. Генеральний прокурор подав позов на підставі Статті 38 кримінально-процесуального кодексу Коста-Ріки (КПК), який визначає, що цивільний позов про соціальну шкоду може бути поданий генеральною прокуратурою у разі, якщо правопорушення здійснені проти колективних інтересів або інтересів різних осіб. Таким чином, на основі кримінального законодавства, законодавство Коста-Ріки надає генеральній прокуратурі, яка виступає в ролі потерпілої сторони, можливість подавати цивільний позов про відшкодування соціальної шкоди.

У своєму позові генеральна прокуратура підкреслила, що конституційний суд Коста-Ріки раніше визначив, що «колективні інтереси та інтереси різних осіб» – це «колективні інтереси громадян у належному управлінні державними фінансами» та «право жителів на здорове навколишнє середовище».

Щоб визначити розмір соціальної шкоди, офіс генерального прокурора залучив зовнішнього консультанта для оцінки шкоди із використанням методології, в якій поєднуються наступні елементи:

- економічні наслідки корупції, які знизили рівень довіри інвесторів до уряду Коста-Ріки;
- політичні наслідки, які знизили рівень довіри до політиків та політичних партій, і таким чином вплинули (в сторону збільшення) на число осіб, що не брали участь у голосуванні на виборах в 2006 році.

Щоб оцінити вартість цих наслідків, експерти використали комбінацію кількісного аналізу та дані дослідження про сприйняття громадян, щоб пояснити та виміряти вплив.

Однак встановлення причинного зв'язку для надання доказів нематеріальної соціальної шкоди та оцінки розміру цієї шкоди, виявилось складним завданням. Наприклад, було складно визначити яким би був рівень довіри до уряду Коста-Ріки за відсутності корупційної діяльності Alcatel. Також складно було оцінити економічні наслідки втрати довіри, яку підозрювали прокурори.

Текстовий блок 7.7 Поняття соціальної шкоди для отримання повної компенсації: приклад Коста-Ріки

На додаток, справа, що створює прецедент про хабарництво та «відкати» при закупівлі медичного обладнання для системи соціального захисту в Коста-Ріці, раніше окреслила проблеми, пов'язані із поняттям соціальної шкоди. У цій справі генеральна прокуратура позивалася про компенсацію соціальної шкоди, яка була оцінена у розмірі 89 мільйонів доларів США, але суд відхилив докази.

Зважаючи на складності, генеральний прокурор погодився на мирову угоду, підписану в порядку цивільного провадження, за якою позов про соціальну шкоду був відхилений, а Alcatel погодилася сплатити 10 мільйонів доларів США.

Примітка: див. Хуніта Олайя, Коджо Аттісо та Анджа Рос, Відшкодування соціальної шкоди на основі справ про корупцію: Можливості та проблеми на прикладі Alcatel в Коста-Ріці (2010), <http://14iacc.org/wp-content/uploads/SocialDamagePaper20.01.2011.pdf>

8. Виконання судових рішень та стягнення за судовими рішеннями

Визнання, виконання та стягнення за судовими рішеннями є останніми кроками в цивільному провадженні. І все ж таки у справах про повернення активів ці заключні кроки необхідно обмірковувати з самого початку, зважаючи на складності із виконанням судових рішень, отриманих за межами юрисдикції, де знаходяться активи. Багато фахівців-практиків сказали б, що судові рішення, яке неможливо виконати, не варте паперу на якому воно написано, і лише судові рішення, які можна виконати – тобто привести в дію – мають значення.

Але формальне виконання рішення може бути не потрібним у кожному випадку, оскільки згода – домовленість про сплату – робить це непотрібним. У певних випадках, коли у цивільній справі досягається згода сторін, відшкодування шкоди може бути отримане без формального виконання, оскільки протилежна сторона вже мала погодитися сплатити відшкодування з активів, що розташовані там або в іншому місці.¹³¹ Також можливо, що протилежна сторона погодиться сплатити певну частину по рішенню, винесеному іноземним судом, зважаючи на оцінку цієї стороною шансів держави, що виграє справу, на виконання рішення, прийнятого іноземним судом. Однак, за відсутності будь-якої угоди, формальне виконання рішення буде єдиною можливістю здійснити стягнення. В цій главі розглядається визнання та виконання рішень по цивільним справам в юрисдикціях, де знаходяться активи. В ній також розглядаються проблеми здійснення стягнень за судовими рішеннями.

А. Визнання та виконання судових рішень по цивільних справах в міжнародному контексті

Найбільш імовірно, що позивачу буде необхідно отримати виконання свого рішення в країні, де розташовані розшукувані активи. Цей процес складається з двох кроків: спочатку – це визнання, а потім – виконання. «Визнання» судового рішення означає, що інший суд приймає його, без заслуховування свідчень та здійснення незалежного процесу прийняття рішення, і приймає своє власне рішення, викладаючи по суті ті ж самі висновки та умови. «Виконання» означає виконання рішення, тобто стягнення активів або суми присудженої позивачу.

Якщо прийняте судове рішення та активи знаходяться в одній юрисдикції, немає необхідності для визнання рішення, тому що це «внутрішнє», а не «інозем-

¹³¹ Див. текстовий блок 3.4 в главі 3, стосовно справи Alcoa (вирішена поза судовим розглядом).

не» рішення.¹³² Загалом, визнання та виконання рішення, прийнятого іноземним судом у цивільних справах, – це дуже делікатна сфера, і традиційно вважається пов'язаною із національним суверенітетом.

Коли сторона, на користь якої винесене судове рішення (тут країна позивач), прагне його виконання через отримання доступу до місцевих активів сторони, проти якої це рішення було винесене, визнання цього рішення має передувати його виконанню щодо певних активів. Ці питання намагаються вирішити за рахунок міжнародної співпраці на основі багатосторонніх або регіональних конвенцій. Але якщо міжнародне співробітництво широко розвинуто в рамках кримінального права, сфера його застосування в рамках цивільного права дуже обмежена. Цей розділ надає короткий огляд існуючого міжнародного та регіонального співробітництва у сфері визнання та виконання іноземних судових рішень по цивільних справах. Потім буде розглянуто процесуальне право, що стосується цих питань.

1. Міжнародне співробітництво стосовно визнання та виконання судових рішень про повернення активів, прийнятих іноземними судами

Не існує глобальної угоди про виконання іноземних рішень по цивільних справах.¹³³ Рішення по цивільних справах можуть бути виконані між юрисдикціями за допомогою таких процесів як взаємне виконання судових рішень (інколи це називається «взаємність») та відповідного законодавства. З метою вирішення питань щодо співробітництва у сфері виконання судових рішень, держави створили компіляцію, підписавши багатосторонні та двосторонні угоди та інколи пропонуючи рішення на регіональному рівні.

Багатосторонні конвенції про виконання рішень по цивільних справах щодо повернення активів

Певні конвенції спрямовані на виконання іноземних судових рішень по цивільних справах:

- **Гаазька Конвенція про визнання та виконання іноземних судових рішень по цивільних та комерційних справах від 1971 року.** Ця Конвенція – це багатостороння угода, яка регулює взаємне визнання та виконання судових рішень, прийнятих по цивільних та комерційних справах. Стаття 4 визначає, що рішення, прийняте у одній країні-учасниці, повинно мати право на визнання та виконання у іншій країні-учасниці за умови, що воно було винесене судом, який мав юрисдикцію, і не підлягає по-

¹³²У таких випадках необхідне лише виконання рішення. Див., наприклад, текстовий блок 3.2 в главі 3, стосовно успішного цивільного позову Замбії проти Чілуби в Сполученому Королівстві.

¹³³На відміну від судових рішень, винятком є Нью-йоркська конвенція про арбітраж, яка регулює визнання та виконання рішення іноземних арбітражних судів.

дальшому перегляду в країні походження. Стаття 5 визначає підстави для відмови у виконанні судового рішення, такі як національні інтереси, шахрайство, та *res judicata*. Для того, щоб судове рішення могло бути виконане у країні звернення, воно повинне бути прийнятим до виконання в країні походження; не може бути перегляду рішення по суті судом, яким це рішення було прийняте.¹³⁴ На сьогоднішній день підписантами Конвенції є дуже небагато держав, що обмежує спектр її дії. Постійно діючий проект, який називається «Проект судових рішень», може призвести до цікавих результатів. В рамках Гаазької Конвенції про міжнародне приватне право Рада у справах спільних стосунків та політики, до складу якої входять всі члени, створила робочу групу по підготовці «Проекту судових рішень», який буде включати пропозиції про визнання та виконання судових рішень, включно із критеріями юрисдикції.¹³⁵

- **Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC).** UNCAC заохочує співпрацю у виконанні судових рішень по цивільних справах, але не включає обов'язкові до виконання положення. У відповідності до глави, що стосується міжнародної співпраці, правова допомога між державами є обов'язковою в кримінальних справах, але необов'язковою стосовно цивільних справ. UNCAC визначає лише надання допомоги у цивільних та адміністративних провадженнях, що вимагає надання дозволу державами-підписантами на подання цивільних позовів іншими державами-підписантами у їх судах, і так само, що держави-підписанти визнають рішення судів інших держав-підписантів.
- **Конвенція про цивільно-правову відповідальність за корупцію** В Раді Європи, підписанти Конвенції про цивільно-правову відповідальність за корупцію повинні ефективно співпрацювати у справах, що стосуються цивільного провадження у справах про корупцію, особливо у питаннях стосовно юрисдикції, визнання та виконання іноземних судових рішень (Стаття 13).¹³⁶

¹³⁴Стаття 8 Гаазької Конвенції про визнання та виконання іноземних судових рішень по цивільних та комерційних справах від 1971 року.

¹³⁵«Проект судових рішень» стосується роботи, яка проводиться Гаазькою конференцією з 1992 року по двох основних аспектах приватного міжнародного права у Транскордонних провадженнях по цивільних та комерційних справах: міжнародні юрисдикції судів та визнання і виконання їх рішень за кордоном. Див. Гаазька Конференція з міжнародного приватного права, «Проект судових рішень» доступно на http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=149.

¹³⁶Конвенція про цивільно-правову відповідальність за корупцію, Стаття 13 – Міжнародне співробітництво: «Сторони повинні ефективно співпрацювати у питаннях, що стосуються цивільних проваджень у справах про корупцію, особливо в частині офіційного вручення документів, отримання доказів за кордоном, юрисдикції, визнання та виконання іноземних судових рішень та судових витрат, у відповідності із положеннями певних міжнародних інструментів, щодо міжнародної співпраці у цивільних та комерційних справах, в яких вони є підписантами, а також відповідно до внутрішнього законодавства. Конвенцію можна знайти на <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>.

Регіональні підходи

Країни Європейського Союзу та інші європейські країни запровадили загально-новизнаний регіональний підхід до вирішення проблеми визнання та виконання рішень суду по цивільних справах, що прийняті за кордоном.

Для забезпечення економічного розвитку ЄС механізм забезпечення виконання судових рішень в Європі на єдиній основі був логічною необхідністю.¹³⁷ «Правовий режим Брюсселя», що відомий як підхід ЄС, сприяє вільному обігу судових рішень та забезпечує доступ до правосуддя, надаючи юрисдикцію та виконання судових рішень іноземним суддям по цивільних справах в межах країн-членів.

- **Європейський виконавчий лист по беззаперечних позовах.** Європейський виконавчий лист (ЕЕО) – це документ, що посвідчує беззаперечні позови, які супроводжує судові рішення, судові врегулювання або достовірний документ, та дозволяє вільний обіг судових рішень, врегулювань або документів в ЄС.¹³⁸ Сторона, на користь якої прийняте рішення, що має ЕЕО, може отримати, виконання судового рішення в іншій країні Європейського Союзу без необхідності іншого судового провадження або резолюції про можливість виконання в країні-члені.¹³⁹
- **Регламент Ради Європи (ЄС) 1215/2012/EU від 12 грудня 2012 року про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень по цивільних та комерційних справах.**¹⁴⁰ Ґрунтуючись на взаємній довірі у здійсненні правосуддя, певні регламенти визнали, що, якщо судові рішення прийняте в країні-члені ЄС і може бути виконане у цій країні, воно може бути виконане у інших країнах-членах без застосування будь-якої спеціальної процедури.¹⁴¹ Ці зміни відмінили колишню процедуру отримання дозволу на виконання іноземного судового рішення. В результаті, немає необхідності отримувати дозвіл на правозастосування перед виконанням судового рішення в державі-члені. Буде застосовуватися принцип прямого виконання судових рішень по цивільних справах в межах ЄС, і судові

¹³⁷Шелбі Р. Грабс, Міжнародний цивільний судовий процес, видання World Law Group (Гаага: Kluwer Law International, 2003).

¹³⁸ЕЕО був визначений Регламентом ЄС № 804/2004 від 21 квітня 2004 року, який набув чинності 21 жовтня 2005 року.

¹³⁹Ibid. Стаття 3 регламенту визначає беззаперечні позови.

¹⁴⁰Повний текст можна знайти на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:EN:PDF>.

¹⁴¹Регламент № 44/2001. 22 грудня 2000 року. Рада затвердила Регламент (ЄС) № 44/2001, який замінює Брюссельську конвенцію 1968 року. Цей Регламент об'єднав правила щодо конфлікту юрисдикцій у цивільних та комерційних справах та спростив формальні процедури з метою забезпечення простого визнання та виконання судових рішень в межах Європейського Союзу. Регламент (ЄС) 1215/2012/ EU, Європейського Парламенту та Ради Європи, прийнятий 21 грудня 2012 року, який набуде чинності 10 січня 2015 року, є новою редакцією, що відмінює колишній Регламент Ради Європи No. 44/2001 від 22 грудня 2000 року про юрисдикції та визнання та виконання судових рішень по цивільних та комерційних справах.

рішення, прийняте судами будь-якої держави-члена, буде вважатися таким, якби воно було прийняте у іншій державі-члені. Однак особа, проти якої вимагається виконання рішення, може подати запит на відмову у визнанні або виконанні рішення, якщо вона вважає, що в даному випадку застосовується одна із підстав для відмови у визнанні судового рішення.

- **Луганська конвенція про підсудність та виконання судових постанов по цивільних та торгових справах.**¹⁴² Метою Луганської конвенції є забезпечення того, щоб судові рішення, прийняті у одній державі-підписанті, визнавалися у будь-якій іншій державі-підписанті, без застосування будь-яких спеціальних процедур (текстовий блок 8.1). Луганська конвенція – це конвенція паралельна брюссельському регламенту. Підписанти – це члени Європейського Союзу та члени Європейської асоціації вільної торгівлі за винятком Ліхтенштейну.¹⁴³
- Інші регіональні підходи є більш обмеженими.
- **Міжамериканська конвенція про екстериторіальну чинність іноземних судових рішень та рішень арбітражного суду.** Ця конвенція визначає правила, які стосуються визнання та виконання іноземних судових рішень серед її підписантів. Вона застосовується лише за наявності судового рішення або рішення арбітражного суду по цивільному, комерційному провадженню або провадженню щодо трудових відносин у одній із країн-підписантів.¹⁴⁴ В таких випадках конвенція визначає вимоги, які повинні виконуватися для забезпечення екстериторіальної чинності таких судових рішень, щоб мати змогу визнати та виконати їх.¹⁴⁵ Конвенція є чинною у наступних країнах (в тому числі): Аргентина, Болівія, Бразилія, Колумбія, Еквадор, Мексика, Парагвай, Перу, Уругвай та Венесуела.
- Протокол Las Leñas про співпрацю юрисдикцій та допомогу у цивільних, комерційних, трудових та адміністративних справах.¹⁴⁶ Протокол Las Leñas застосовується до країн-членів МЕРКОСУР, Болівії та Чилі. Він ви-

¹⁴²Луганська конвенція про підсудність та виконання судових постанов по цивільних та торгових справах, ОJ L 339, 21.12.2007.

¹⁴³Швейцарія, Ісландія, Данія та Норвегія.

¹⁴⁴Міжамериканська конвенція про екстериторіальну чинність іноземних судових рішень та рішень арбітражного суду була прийнята в 1979 році в Монтевідео членами Організації Американських Держав (ОАД) та згодом була роз'яснена та доповнена Міжамериканською конвенцією про юрисдикцію в міжнародній сфері щодо екстериторіальної чинності іноземних судових рішень в 1984 році.

¹⁴⁵Маріана Сільвера, «Основоположні концепції юрисдикції: фокус на Латинську Америку», Національний правовий центр з питань міжамериканської вільної торгівлі, вересень 2000 року, доступно на http://www.ilpf.org/events/jurisdiction2/presentations/silveira_pr/silveira.htm.

¹⁴⁶Рішення № 5/92, Valle de Las Leñas, 27 червня 1992 року та Додаткова угода, Рішення № 5/97, Буенос Айрес, 19 червня 1997 року, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Decisión No. 5/92, firmado en el Valle de Las Leñas, el 27 de junio de 1992; available at www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC592.HTM; and Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión No 5/97, firmado en Asunción, el 19 de junio de 1997; доступно на www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC0597.HTM.

значає механізм обігу судових рішень по цивільних справах за допомогою центральних органів влади.¹⁴⁷ Цей механізм надає потерпілій державі альтернативу затратній процедурі виконання судового рішення за кордоном (із залученням місцевих адвокатів тощо). Цей інструмент може бути корисним, особливо для сприяння виконанню судових рішень на користь країн, що розвиваються.

За відсутності відповідної конвенції, визнання та виконання іноземних судових рішень по цивільних справах значною мірою визначається власним процесуальним правом країни, в якій має виконуватися рішення. Країни можуть вибирати чи визнавати іноземні судові рішення, чи ні, у відповідності до своїх власних процедур.

Заходи забезпечення цивільного позову стосовно збереження активів, такі як накази про заморожування активів по всьому світі, не є винятком. Вони виконуються як іноземні судові рішення, як показано в справі, описаній в текстовому блоці 8.1, стосовно виконання в Швейцарії наказу про заморожування активів по всьому світу.

Текстовий блок 8.1 Впровадження судового наказу про заморожування активів по всьому світу, що виданий закордонним судом: рішення Швейцарського федерального верховного суду

Верховний суд Швейцарії мав розглянути можливість виконання в Швейцарії наказу про заморожування активів по всьому світу (WFO), отриманого в Високому суді Лондону. Засоби забезпечення стосовно збереження активів як правило виконуються в Швейцарії, за певних умов.

У відповідності до швейцарського процесуального права, згідно з яким сторона, яка прагне отримати судовий захист, зазвичай повинна продемонструвати, що вона має реальне право на отримання такого захисту, апеляційний суд Цюріху наклав додаткову умову щодо того, що заявник має продемонструвати «законне право» для отримання резолюцій про можливість виконання WFO в Швейцарії. Якщо сторона, на більш пізньому етапі, може отримати грошову компенсацію, суди, як правило, відхиляють наявність такого права. Апеляційний суд Цюріха також вирішив, що хоча WFO не є юридично зобов'язуючим для третіх сторін на території Швейцарії, банки, як правило, добровільно виконують наказ про заморожування активів. На підставі цього він визначив, що резолюція про можливість виконання не матиме жодної цінності для позивача.

¹⁴⁷ Див. Главу 5 протоколу.

Текстовий блок 8.1 Впровадження судового наказу про заморожування активів по всьому світу, що виданий закордонним судом: рішення Швейцарського федерального верховного суду

Позивачі успішно подали позови до Швейцарського федерального верховного суду, який постановив, що третя сторона не повинна демонструвати законне право на отримання резолюції про можливість виконання наказу про заморожування активів. Далі в рішенні також вказувалося, що добровільне виконання швейцарськими банками іноземних наказів про заморожування активів не має відношення до визнання права на виконання рішення.^a Відразу після отримання такої резолюції, іноземний наказ про заморожування активів вважається таким, якби це рішення було прийняте в Швейцарії. Після визнання іноземного судового рішення, воно розглядається нарівні із внутрішніми судовими рішеннями. Таким чином, після визнання внутрішніми судами права на його виконання, судові рішення може бути виконане.^b

Примітка: федеральний верховний суд Швейцарії (4A_366/2011), 31 жовтня 2011 року.

- а. Сімон Наделхофер та Сандрін Гіруд, «Виконання наказу про заморожування активів по всьому світу в Швейцарії», Міжнародна асоціація юристів, International Litigation Newsletter (2012), http://www.lalive.ch/data/publications/SGI+SNA-IBA-Enforcement_of_WFO_in_Switzerland_Int_Litigation.pdf.
- б. Див. Матіас Шерер та Сімон Наделхофер. Можливе виконання в Швейцарії наказу про заморожування активів по всьому світу», kluwer Arbitration Blog, March 23, 2012, available at <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/03/23/possible-enforcement-of-worldwide-freezing-orders-in-switzerland/>.

2. Виконання судових рішень, як частина юридичної стратегії у іноземних цивільних справах про повернення активів

Як і при виборі судового органу, процесуальна стратегія є корисною для виконання рішень по цивільних справах. Як зазначено вище, імовірність виконання у іноземному суді є одним із елементів, що мають розглядатися при прийнятті рішення щодо місця подання цивільного позову. Держави та інші відповідні особи, які є потерпілою стороною в результаті корупції, що прагнуть повернути вкрадені активи за допомогою цивільних позовів, неохоче розпочинають провадження в країні, де відбувалися корупційні правопорушення, якщо ці країни не є сторонами міжнародних конвенцій про виконання та визнання судових рішень (текстовий блок 8.2).

Крім того, деякі юрисдикції більш відкриті до виконання рішень певних країн, а до рішень інших країн вони не так прихильні через занепокоєння щодо дотримання відповідної правової процедури та вимог щодо поваги до суспільних інтересів.

Текстовий блок 8.2 Більше про судову справу Чілуби: Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care and Desai та інших (Сполучене Королівство)

Основні факти по цій справі описані в текстовому блоці 3.2, глава 3. Справа Чілуби надає гарний приклад важливості врахування вірогідності виконання судового рішення, при прийнятті рішення щодо того, де подавати позов. Одночасно із кримінальним провадженням в Замбії, влада Замбії також розпочала цивільний судовий процес в Сполученому Королівстві в 2004 році. Цивільний позов, поданий до британських судів, мав кращі перспективи щодо повернення частини відмитих коштів. Перевага отримання наказів, виданих англійськими судами у порівнянні із наказами замбійського суду полягла в тому, що перші мали більші шанси на виконання – аргументом також є те, що Сполучене Королівство є стороною Брюссельського правового режиму. Замбія отримала виконання судових рішень, повернувши крупні суми.

Примітка: Генеральний прокурор Замбії проти Meer Care and Desai та інших.[2007], EWHC 952 (Ch).

Якщо суд, який запитують про визнання іноземного судового рішення, має сумніви щодо прийняття цього рішення неупередженим судом та із дотриманням відповідної процедури, такий суд навряд чи визнає іноземне судове рішення. Наприклад, якщо не зрозуміло чи були належним чином повідомлені відповідачі, і чи мали вони можливість свідчити на кожному етапі, шанси на визнання дуже низькі. Такий же результат можна очікувати, якщо буде наведений достовірний доказ того, що іноземне провадження було здійснене не зовсім чесно.

Можна очікувати, що відповідачі захочуть надати та нададуть такі докази через компетентних радників. Тому ці фактори необхідно враховувати з самого початку. Навіть, якщо отримати судове рішення у одній юрисдикції може бути досить просто, у порівнянні із іншою юрисдикцією, воно може бути не варте цього, якщо, наприклад, суди цієї країни мають погану репутацію щодо верховенства права та дотримання прав.

Навіть *ex ante* з самого початку справи можливі складнощі із виконанням судового рішення певної країни можуть спонукати суд у іншій країні радше надати юрисдикцію, аніж вимагати від позивача отримання судового рішення в тій країні. Суди значною мірою занепокоєні справедливістю рішень та можуть неохоче відсилати позивачів до інших судів, в яких кінцевий результат може перешкоджати виконанню (текстовий блок 8.3). Важливість, що надається виконанню рішень по цивільних справах про повернення майна, також продемонстрована в текстовому блоці 8.4.

Б. Проблеми в процесі стягнень за судовими рішеннями по цивільній справі

Після отримання судового рішення (в країні або за кордоном), його визнання та виконання іноземними судами, за ним ще необхідно провести стягнення. Успішний позивач може зіткнутися із відповідачами, які не бажають виконувати рішення суду, і якщо так станеться, процес стягнення може бути складним і коштовним. Зусилля на отримання стягнення за судовим рішенням можуть бути також марними, якщо відповідач став неплатоспроможним під час провадження або сховав свої активи, або у шахрайський спосіб передав їх третім особам.¹⁴⁸ Процес може ще більше ускладнитись, якщо стягнення по отриманому судовому рішенням має бути здійснене по відношенню до активів, схованих в іншій юрисдикції. Існують певні правові механізми для стягнення боргів за судовим рішенням, так звані виконавчі процедури. Незважаючи на це, складнощі у стягненні боргу по цивільній справі (у порівнянні із кримінальною справою) можуть стати проблематичними та призвести до значних витрат у справах про повернення активів.

Текстовий блок 8.3 Складнощі виконання в Нігерії рішення суду Сполученого Королівства про розгляд справи в Сполученому Королівстві: більше про справу Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство)

Як показано в текстовому блоці 3.1, глава 3 (справа *Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших*), легкість виконання судового рішення є фактором при виборі судового органу. Відповідач Даріє оскаржував те, що справа має розглядатися у його рідній Нігерії, а держава позивач Нігерія виступала проти цього. У справі Даріє суд вивчив питання щодо складності виконання рішення нігерійського суду стосовно банківських рахунків, знайдених в Англії, та прийняв до уваги, що нігерійський суд не зможе отримати згоду англійських банків на розкриття інформації.

Джерело: Світовий банк.

¹⁴⁸Необхідно відмітити, однак, що провадження щодо неплатоспроможності також може надавати переваги в процесі повернення активів; див. Главу 9 «Використання провадження щодо неплатоспроможності та інших подібних процедур у справах про повернення активів».

Текстовий блок 8.4 Інвестиційна організація Кувейту / Шейх Фахд Мохаммед Аль-Сабах (Сполучене Королівство)

Протягом чотирьох років, з 1989 по 1992 роки, уряд Кувейту був потерпілою стороною в результаті крадіжок, незаконного привласнення та розтрата. Інвестиційний департамент Кувейту (КІО), як частина Кувейтської Інвестиційної адміністрації (державна інвестиційна організація), втратив 5 мільярдів доларів своїх інвестицій в Іспанії через свій офіс КІО в Лондоні.

Приблизно 1,2 мільярди доларів США вважалися зниклими та не облікованими (тобто вкраденими, розтраченими або незаконно привласненими). Підозрювалося, що зниклі гроші були привласнені деякими високопосадовцями КІО, включно із членами королівської сім'ї, які керували департаментом. Банки, бухгалтери та юристи також вважалися відповідачами.

КІО подав цивільні позови в Сполученому Королівстві проти установ та фізичних осіб. КІО виграв суд по цивільній справі в Сполученому Королівстві проти Шейха Фахда Мохаммеда Аль-Сабаха, члена королівської сім'ї Кувейту, який очолював КІО з 1984 по 1992 роки. КІО пізніше намагався добитися виконання рішення суду Сполученого Королівства на Багамах, де постійно проживав Шейх Фахд, та на Джерсі і Кайманових островах, де він тримав активи в трастах, які він контролював.

Примітка: внесок Д-ра Мохаммеда А.А. Ал. Мокваті, Повернення вкрадених активів: Посібник з найкращих практик конфіскації активів поза кримінальним провадженням, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/IBRDWB_Guidassetrecovery.pdf.

1. Роль виконавчих процедур

Виконавчі процедури по цивільних справах – це засоби примусу, які особа, на користь якої прийняте судове рішення, може вжити проти свого боржника з метою задоволення вимоги, визначеної виконавчим листом, або з метою повернення свого майна. Якщо відповідач добровільно виконує рішення суду, виконавча процедура не потрібна.

Однак, за допомогою виконавчих процедур, позивачі можуть примусити відповідачів, які не бажають виконувати рішення суду, сплатити свої борги. Виконавча процедура застосовується як до осіб, так і до майна. У справах про хабарництво та відмивання коштів більша частина багатства, отриманого корупційним шляхом, як правило, переправлена за кордон, що робить процес визначення місцезнаходження та стягнення активів особливо складним та важким. В кожній країні існує своя правова система, яка регулює виконання рішення іноземного суду (текстовий блок 8.5).

Текстовий блок 8.5 Огляд виконавчого провадження в Сполучених Штатах, Сполученому Королівстві, Франції та Німеччині^a

В Сполучених Штатах, виконання рішень по сплаті грошових сум регулюється правилом 60 Федерального цивільного процесуального кодексу. Після визнання рішення іноземного суду судовим рішенням США, виконавча служба США може застосовувати виконавчі документи для виконання судових рішень. Виконавчий документ – це рішення суду, у формі виконавчого наказу, який спрямований на виконання рішення про присудження грошової суми, який дає розпорядження судовому виконавцю конфіскувати, за рішенням суду, майно боржника та передати доходи особі, на користь якої прийняте рішення суду. Видаючи постанову про виконавче провадження, суд, зазвичай, дає наказ шерифу або іншому подібному посадовцю конфіскувати майно, що знаходиться у власності особи, проти якої прийняте судове рішення. Як правило, таке майно буде реалізоване на аукціоні, організованому шерифом, а отримані кошти повернені позивачу в рахунок часткового або повного задоволення рішення суду. Як правило, шериф надає перевагу отриманню грошових коштів з банківського рахунку відповідача.^b

В Сполученому Королівстві Частина 5 Закону про доходи від злочинної діяльності (РОСА) 2002 року визначає процедуру повернення доходів від незаконної діяльності через провадження в цивільних судах. Вся суть в тому, що державне звинувачення не повинно демонструвати, що відповідачі були визнанні винними за будь-якими кримінальними правопорушеннями, щоб бути успішними в цивільному позові. Якщо суду наведено достатньо доказів щодо того, що майно можна повернути, суд має видати наказ про повернення. За наказом про повернення майно, належне до повернення, повинно бути передане в довірчу власність з метою повернення в порядку цивільного провадження. Функції довірчого власника включають (а) забезпечення арешту, охорони та збереження будь-якого майна, наданого йому у довірчу власність наказом про повернення; (б) у випадку, коли майно відмінне від грошей, реалізувати вартість майна на користь виконавчого органу. Під час виконання своїх функцій довірчий власник діє від імені виконавчого органу та повинен виконувати всі розпорядження цього органу.^c

У Франції стягнення за судовим рішенням регламентується Цивільним процесуальним кодексом, який набув чинності 1 червня 2012 року. У відповідності до цього кодексу, необхідно подати клопотання, у відповідності до певної процедури, виконуючому судді (французькою *juge de l'exécution*), якщо вимога, за своєю природою або розміром, підпадає під юрисдикцію останнього.

Текстовий блок 8.5 Огляд виконавчого провадження в Сполучених Штатах, Сполученому Королівстві, Франції та Німеччині^a

В Німеччині після отримання резолюції про можливість виконання, клопотання про накладення арешту на рухоме майно боржника, яке знаходиться в Німеччині, має бути подане відповідному судовому виконавцю. Щодо нерухомого майна, позивач може добитися виконання рішення суду за рахунок нерухомого майна боржника, подаючи позов до місцевого суду, який має юрисдикцію з цих питань, та зможе видати судовий наказ про продаж, примусове управління або реєстрацію примусової закладної.

Примітка:

- a. Наступні описи виконавчих процедур спеціально спрощені.
- b. Джон Дж. Каунд, Джек Х. Фріденталь, Артур Р. Міллер, та Джон Є. Секстон, Цивільний процес, справа та матеріали (Лос-Анжелес: West Group Publishing, 2001).
- c. Закон про доходи від злочинної діяльності, 2002 рік, Частина 5, Повернення незаконних доходів через цивільне провадження тощо, Глава 2, Повернення активів через цивільне провадження у Високому Суді або Сесійному суді.

В країнах загального права, у випадку, якщо боржник відмовляється від виконання рішення суду та стягнення у відповідності до судового наказу, боржники можуть бути притягнуті до відповідальності через неповагу до суду. Неповага до суду визначається як будь-яка навмисна непокора або ігнорування наказу суду, які перешкоджають можливості судді здійснювати правосуддя. Відповідачі або треті сторони (включно із банками та юристами), яких було належним чином повідомлено, можуть бути притягнуті до відповідальності за неповагу до суду за невиконання таких наказів або рішень. Можливі санкції включають штрафи, відчуження майна або термін тюремного ув'язнення. Неповага до суду особливо доречна у випадках, коли активи знаходяться в офшорних територіях. В цьому контексті суддя не може виконати судовий наказ на місці, але відповідачі наражають себе на санкції за неповагу до суду. Наприклад, в Сполучених Штатах, примусові заходи за невиконання цивільних рішень суду, імовірно за все, будуть вжиті, якщо боржник не виконає судовий наказ про репатріацію грошей із іноземного трасту. В результаті цього суддя може винести рішення про ув'язнення до моменту надходження коштів до будинку суду.¹⁴⁹ Попереджувальний ефект застосування неповаги до суду може перетворитися на потужну зброю для виконання рішень суду.

2. Вартість здійснення стягнення за цивільними рішеннями суду

Висока вартість здійснення стягнення може бути перешкодою для деяких країн, що розвиваються, враховуючи сумарну вартість вкрадених активів, які очіку-

¹⁴⁹ Деніс А. Кляйнфілд, «Неповага до суду – де коса знаходить на камінь у захисті активів», 2009, доступно на <http://www.ifcreview.com/restricted.aspx?articleId=46&areaId=46>.

ється повернути. Державна влада іноді може навіть не мати бажання ініціювати цивільне провадження, перш за все, через те, що вони передбачають складний та коштовний юридичний процес, включно із отриманням стягнення. В результаті роль колекторських компаній часто є ключовою у випадках, коли доходи отримані в результаті міжнародної корупції, як правило, приховані в іноземних юрисдикціях через механізми розривання ланцюжка власників.¹⁵⁰ Звернення до колекторських компаній наприкінці процесу повернення майна є додатковими витратами до витрат на юридичні послуги, і такі послуги можуть бути дуже дорогими, як показано в текстовому блоці 8.6.

Текстовий блок 8.6 Держава укладає контракт із колекторською компанією: повчальна історія про те, як колекторська компанія вимагала значну суму оплати, працюючи на країну-позивача

Уряд уклав угоду про надання послуг офшорною колекторською компанією для отримання допомоги у поверненні вкрадених активів. Уряд подав кримінальні позови до власних судів та цивільний позов в Сполученому Королівстві з метою повернення активів, вкрадених корумпованими урядовцями.

Урядова організація уклала контракт, за яким вона надала колекторській компанії виключне право на повернення активів, незаконно привласнених урядовцями. Компанія попросила мільйон доларів авансу, плюс від 20 до 50 відсотків повернутих коштів. Декілька років по тому уряд не оплатив послуги, нібито надані колекторською компанією. В результаті компанія подала позов в арбітражний суд про сплату вартості послуг, які, за твердженням уряду, не були надані або отримані.

Джерело: Світовий банк

¹⁵⁰ Абіюла Макінва, «Пошук цивільно-правових засобів захисту у протидії міжнародній корупції: Вибір функціонального порівняльного методу», Erasmus Law Review 2, no. 3 (2009): 331 et seq.

9. Використання провадження щодо неплатоспроможності, передачі спірного майна в управління або подібних процедур для відстеження, або повернення активів

У разі, якщо особа була позбавлена, або отримала вигоду від вкрадених активів, вона може стати банкрутом або неплатоспроможною особою, або її майно може бути передане в управління, або введена тимчасова адміністрація. Така ситуація може призвести до збільшення можливостей для урядів щодо повернення активів, які можуть використовувати механізм передачі спірного майна в управління та інші провадження щодо неплатоспроможності для відстеження та повернення активів. Терміни «банкрутство» та «неплатоспроможність» використовуються по різному у різних правових системах, інколи взаємозаміно. В даній публікації ми використовуємо «неплатоспроможність» як загальний термін для опису проваджень в суді, включно із ліквідацією та реорганізацією, та подібними позасудовими провадженнями, включно із передачею спірного майна в управління.

А. Ціль проваджень щодо неплатоспроможності або подібних проваджень

Ціль проваджень щодо неплатоспроможності – це конфіскація та продаж майна боржника / відповідача та справедливе розподілення грошових коштів серед кредиторів з метою захисту прав кредиторів та сторін, що потерпіли. Перший крок – це, як правило, мораторій або заморожування всіх транзакцій. Потім суд призначає адміністратора із широкими повноваженнями не лише щодо конфіскації та продажу майна, а й щодо розслідування та витребування інформації, яка допоможе у визначенні місцезнаходження активів.

Передача в управління спірного майна або введення тимчасової адміністрації є більш формальними, ніж неплатоспроможність. Зокрема, передача в управління спірного майна ефективно використовувалася для повернення вкрадених активів. Передача в управління спірного майна – це процес, за допомогою якого все майно, належне до витребування, передається під контроль незалежної особи, «розпорядника». В обов'язки розпорядника входить управління компанією або активами. Якщо кредитор по забезпеченому боргу не отримав сплати,

або позикодавець вважає методи управління компанії сумнівними, може бути призначений розпорядник на підставі контракту між позичальником та кредитором. Судовий позов не потрібен в даному випадку (текстовий блок 9.1).

Після призначення розпорядника він може перебрати на себе управління компанією та арештувати всі активи. Таким чином, розпорядник не лише може вилучити активи компанії у розмірі, необхідному для сплати боргів, а також не дозволити директорам та керівникам компанії вживати дій, які можуть спричинити шкоду компанії, та можливо буде в змозі припинити незаконне привласнення та розтрату активів.

Текстовий блок 9.1 Як розпорядник може сприяти поверненню активів: приклад Тунісу

Колишній керівник держави та його партнери були притягнуті до відповідальності новою владою країни у внутрішніх судах за корупцію та відмивання коштів. Їх активи були заморожені або конфісковані у відповідності до наказу адміністративного органу. Наказ про заморожування активів був також виконаний в деяких іноземних країнах.

Деяким партнерам належали мажоритарні акції в капіталі компаній, які використовувалися для приховування вкраденого майна. Після конфіскації цих акцій був призначений розпорядник у кожному підприємстві. В результаті розпорядник був наділений повноваженнями щодо повернення місцевих активів та активів за кордоном, які належали компанії. Наприклад, літак, що належав одній із цих компаній та знаходився в іноземній юрисдикції, був повернений на прохання розпорядника.

Джерело: Світовий банк

Б. Використання проваджень щодо неплатоспроможності у справах про повернення активів

Якщо витребувані активи знаходяться у володінні неплатоспроможної особи, закони про неплатоспроможність пропонують ще один шлях повернення вкрадених активів за допомогою цивільного, а не кримінального провадження. У відповідності до більшості законів про неплатоспроможність, «арбітражний керуючий» (інколи називається адміністратор, ліквідатор, розпорядник або довірчий власник) може бути призначений судом. Стосовно активів, що мають бути повернені, закони про неплатоспроможність надають повноваження арбітражному керуючому брати в розпорядження ці активи у особи або компанії, у чиєму розпорядженні вони знаходяться.

Перевагою цього є те, що закони про неплатоспроможність, в цілому, дають повноваження арбітражному керуючому щодо виявлення та перевірки зацікав-

лених сторін, які можуть бути недоступними для інших цивільних заходів. Арбітражний керуючий виступає в ролі судового виконавця або довірчого власника (законного представника грошових інтересів третіх сторін), а не як зацікавлена сторона, що є частково основою повноважень, наданих йому законом та судами. Інша перевага повернення активів на основі неплатоспроможності – це те, що критерій доведеності для цілей повернення майна або активів в рамках законодавства про неплатоспроможність набагато нижчий, ніж для кримінальних проваджень. Насправді, часто не потрібно доводити факт шахрайства або нечесних намірів, необхідно лише довести, що активи належать особі, що знаходиться в процесі банкрутства, або довести, що ці активи були продані або передані іншим особам, що спричинило шкоду кредиторам. Також існують недоліки, такі як передача управління арбітражному керуючому. У арбітражного керуючого можуть бути інші інтереси.

Передача спірного майна в управління – це подібна процедура, але простіша і може бути проведена без залучення суду. При процедурі передачі спірного майна в управління кредитор по забезпеченому боргу, як правило банк, призначає розпорядника, який бере в управління активи компанії з метою повернення грошей кредитора. Розпорядник має повноваження управляти бізнесом та арештовувати активи і може бути призначений в короткі терміни, щоб запобігти спричиненню збитків. Обмеженнями у передачі спірного майна в управління є те, що воно доступне лише кредитору по забезпеченому боргу цієї установи, і якщо призначається розпорядник, він має менші повноваження, ніж судовий виконавець, такий як адміністратор.

Неплатоспроможність або передача спірного майна в управління можуть виявитися сприятливими можливостями оскільки розпорядник (або інший арбітражний керуючий) користується розширеними повноваженнями щодо активів. В таких провадженнях держава-позивач може мати можливість повернути майно просто довівши, що вона володіє ним. Також в такій ситуації легше вимагати повернення активів, які були переміщені, наприклад, за допомогою шахрайства. Арбітражний керуючий має право доступу до інформації та право вимагати свідчення, і впливовість та важливість його ролі була зокрема доведена у масштабних справах про повернення активів.¹⁵¹ В рамках провадження про неплатоспроможність арбітражний керуючий може вимагати отримання свідчень від свідків, включно із директорами або керівниками, які можуть бути винними у приховуванні активів.¹⁵² Відмова у співпраці може призвести до позбавлення волі, що може сприяти отриманню свідчень, які допоможуть арбітражному керуючому визначити місцезнаходження та, в результаті цього, повернути значні активи.

¹⁵¹ Див. Bishopsgate Investment Management Ltd. проти Maxwell (No. 2) [1993] BCLC 814; (Сполучене Королівство).

¹⁵² Закон Сполученого Королівства про неплатоспроможність 1986 р., Розділи 236 та 366 визначають посадових осіб компанії та інших бізнес-партнерів, та фізичних осіб, таких як дружина (чоловік) боржника або інші фізичні особи, як таких, які за підозрою арбітражного керуючого можуть мати необхідну інформацію.

Формальну провадження щодо неплатоспроможності важко здійснити на міжнародну рівні. Загалом, переслідуючи активи за кордоном, позивачу або кредитору буде необхідно переслідувати ці активи в рамках законодавства про неплатоспроможність цієї країни. Більш того, рішення суду про неплатоспроможність не так просто визнаються у іноземних судах, якщо в таких випадках не застосовуються певні регламенти, конвенції або типові закони. Таким чином, законодавство про неплатоспроможність країни, де знаходяться активи, буде впливати на ефективність підходу до повернення активів через процедуру неплатоспроможності.

Більш детальний аналіз знаходиться поза межами даного дослідження. Достатньо буде зазначити, що якщо розшукувані активи знаходяться у володінні особи, яка перебуває у будь-якій формі неплатоспроможності, можуть існувати окремі короткі шляхи повернення активів, які можуть бути досліджені досвідченим юристом. Ситуація в текстовому блоці 9.2 демонструє, як передача спірного майна в управління може бути використана в справах про повернення активів.

Текстовий блок 9.2 Використання ролі розпорядника для збереження активів: більше про ПАТ БТА Банк проти Аблязова (Сполучене Королівство)

Основні факти наведені в текстовому блоці 5.4 в главі 5. У складній справі із декількома відповідачами банк в Казахстані подав позов проти свого колишнього голови правління та отримав судовий наказ про заморожування активів. Після цього банк подав позов про передачу спірного майна в управління.

Суд мав зважити ризик розпорошення активів та майнові права відповідача, пана Аблязова. Банк на підтвердження свого позову про призначення розпорядника надав, серед іншого, докази, (а) структура, що використовувалася відповідачем, була заснована на уповноважених особах, які діяли від його імені, та використання організаційних структур в юрисдикціях «відомих своєю таємничістю та спрощеним законодавством»; та (б) відповідач порушив наказ про заморожування активів. В даному випадку, суд дійшов висновку, що необхідно призначити розпорядника на підтримку виконання наказу про заморожування активів, щоб зберегти активи та запобігти їх розпорошенню до суду. Наказ про передачу спірного майна в управління був спрямований на надання можливості розпорядникам отримати контроль над організаційними структурами, які використовувалися.

Примітка: ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших [2013] EWCA Civ 928 (Англія, Апеляційний суд, 25 липня, 2013 року).

10. Висновки

Дане дослідження про те, як держави можуть подавати цивільні позови про повернення активів, призначене для сприяння розробки ще одного правового шляху витребування вкрадених активів.

Ціль даного дослідження полягає в долучені до обговорення, що швидко набуває масштабності щодо того, як краще боротися із корупцією та як залучати до цієї діяльності більш інноваційні методи. Заклики громадян до справедливості чутні по всьому світу, від протестів арабської весни до обурення через виведення грошей в офшори, вимог про притягнення до суду правопорушників та їх засудження, а також закликів до повернення вкраденого ними майна та доходів сторонам, що потерпіли.

В даному дослідженні ми зробили спробу показати, як такі цивільні позови можуть допомогти у досягненні цієї цілі. Безумовно, суми коштів, повернених та репатрійованих назад до потерпілих країн, на даному етапі незначні, та не можуть порівнюватися із масштабами крадіжок державного майна та корупції у світі.

На даний час, сфера діяльності щодо повернення майна ще нова, і досвідчених фахівців в цій сфері, які можуть допомогти країнам у проходженні цього, зазвичай, дуже складного та запутаного процесу, мало і їх важко знайти. Однак, зростаючий інтерес до цієї теми, заклик Великої сімки до прозорості та підвищена увага засобів масової інформації до цієї проблеми сприяють покращенню ситуації та поєднанню зусиль для розробки практичних дій. Ми сподіваємося, що деякі інструменти, описані в даному дослідженні, стануть ще одним шляхом повернення вкрадених активів.

Додаток А. Словник термінів

Арбітраж. Процедура, в якій сторони погоджуються вирішити спір шляхом подання його на розгляд одній чи декільком приватним особам, які не мають фінансової зацікавленості в результаті вирішення спору. Арбітраж може застосовуватися, коли у міжнародному контракті є положення про арбітраж, або якщо двостороння інвестиційна угода надає підґрунтя для інвестиційного арбітражу.

Активи. Активи будь-якого типу, матеріальні і нематеріальні, рухоме і нерухоме майно, речові і не речові та юридичні документи або документи, які засвідчують право власності на / або в таких активах.¹⁵³ Цей термін використовується взаємозамінно із терміном **майно**.

Порівняння вірогідності. Факт є більш імовірним, ніж ні.

Добросовісний покупець. Третя сторона, яка має право власності в активах, належних до конфіскації, яка не знала про поведінку, що стала причиною конфіскації або, після того, як дізналася про поведінку, що стала причиною для конфіскації, зробила все, що доцільно можливе за таких обставин для припинення використання активів. Цей термін використовується взаємозамінно із терміном **добросовісний власник**.

Хабарництво. Це обіцянка, пропонування та надання неналежної переваги місцевому, міжнародному або іноземному державному службовцю та отримання неналежної переваги місцевим державним службовцем.

Цивільна сторона. В більшості юрисдикцій цивільного права потерпілий від кримінального правопорушення може просити про статус цивільної сторони в кримінальному провадженні проти обвинувачуваного правопорушника. Для отримання статусу цивільної сторони потерпілий повинен продемонструвати збиток або шкоду, прямо спричинену даним правопорушенням. Після отримання статусу цивільної сторони потерпілий може приймати участь, як цивільна сторона, у кримінальному провадженні та отримати компенсацію за спричинену шкоду.

Особа, що пред'являє вимогу. Сторона, яка пред'являє право на активи. Це може включати **третю сторону, добросовісного власника, відповідача** або **об'єкт правопорушення**. Термін використовується взаємозамінно із терміном **позивач**.

¹⁵³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC), ст. 2(e).

Стягнення (цивільний борг). Процес повернення несплаченої суми, належної до оплати.

Компенсація. Правило компенсації щодо визначення шкоди визначає, що потерпіла сторона повинна бути поставлена в ситуацію, в якій би вона була за відсутності корупційних дій.

Конфіскація. Позбавлення активів назавжди за наказом суду або іншого компетентного органу. Термін використовується взаємозамінно із терміном позбавлення. Фізичні або юридичні особи, які на момент конфіскації мають право власності на конкретні кошти або інші активи, втрачають всі права, в основному, на конфісковані кошти або інші активи.

Неповага до суду. Будь-яка навмисна непокора або ігнорування наказу суду, яка перешкоджає можливості судді здійснювати правосуддя.

Контракт. Договір або угода між двома або більшою кількістю осіб, із законним зустрічним задоволенням або підставою щодо здійснення або утримання від здійснення певних дій.¹⁵⁴

Шкода. Грошова компенсація, яка може бути отримана позивачем за збитки, ушкодження, або шкоду прямо спричинені порушенням зобов'язань, включно із кримінальними правопорушеннями, аморальною поведінкою, або порушенням переддоговірних домовленостей. **Матеріальна шкода** (*damnum emergens*) стосується реального погіршення економічної ситуації особи, яка зазнала шкоди. Втрата доходу (*lucrum cessans*) визначається як справедливий дохід, який можна було очікувати, але який не був отриманий через порушення контракту або зобов'язань.

Відповідач. Сторона, яка повинна відповідати на претензію позивача в цивільній справі в суді, або будь-яка сторона проти якої формально висунули позов або звинувачення у порушенні кримінального законодавства.

Повернення. Повернення – це цивільно-правовий засіб захисту, який застосовується з метою повернення незаконних доходів. На відміну від конфіскації, цей засіб захисту засновується не на рівні законодавства, а на справедливому повноваженні суду виправляти несправедливість. Це не має бути каральним засобом.

Розтрата. Шахрайське привласнення для своїх власних потреб та вигоди державних коштів (майна або грошей), довірених цій особі іншими, службовцем, агентом, довірчим власником, державним службовцем або іншою особою, яка діяла в межах фідуціарних зобов'язань.¹⁵⁵

¹⁵⁴Black's Law Dictionary.

¹⁵⁵Black's Law Dictionary.

Виконання судових рішень (цивільні рішення). Стягнення за будь-яким судовим рішенням за рахунок активів, які знаходяться у розпорядженні відповідача, на суму визначену у судовому рішенні.

Виконавчі процедури. Це заходи примусу, які особа, на користь якої прийняте судове рішення, може вжити проти свого боржника з метою задоволення вимоги, визначеної виконавчим листом або з метою повернення свого майна.

Судова установа. Суд або судова установа; місце здійснення судочинства; місце, в якому запитується правовий захист; місце судового розгляду.¹⁵⁶

Неформальна допомога. Будь-яка діяльність або допомога, яка надається без необхідності подання запиту про формальну взаємну правову допомогу (ВПД). Може існувати законодавство, яке дозволяє надання такої допомоги колегами-фахівцями, включно із законодавством, що стосується ВПД.

In personam. На латині «спрямоване проти певної особи». В контексті конфіскації або судового процесу – це правова дія проти конкретної особи.

In rem. На латині «проти речі». В контексті конфіскації – це правова дія проти конкретної речі або активу.

Неплатоспроможність. Ціллю провадження щодо неплатоспроможності є конфіскація та продаж активів боржника/відповідача та справедливе розподілення коштів між кредиторами з метою захисту прав кредиторів та потерпілих сторін. «Неплатоспроможність» використовується в цій публікації як загальний термін для опису проваджень в суді, включно із ліквідацією та реорганізацією, та подібними позасудовими провадженнями, включно із передачею спірного майна в управління.

Позов. Цивільний судовий позов між двома приватними особами в судах загальної юрисдикції, за яким позивач, який стверджує, що отримав збитки в результаті дій відповідача, вимагає застосування засобів правового або справедливого судового захисту. Термін використовується взаємозамінно із терміном **цивільний позов**.

Штрафні санкції. Положення, за яким при підписанні контракту сторони вирішують, яка сума буде сплачуватися у разі порушення контракту.

Особистий позов. Позов проти особи, який може бути задоволений за рахунок різноманітних активів. Позивач зазнав економічної шкоди та вимагає сплати або компенсації від особи, яка спричинила дану шкоду.

¹⁵⁶Ibid.

Речовий позов. Прямий позов проти конкретної частини майна або активів, поданий законним власником. Речовий позов – це позов про те, що певна особа має право власності на певну річ та просить суд повернути цю річ або її еквівалентну вартість.

Засоби забезпечення. Тимчасова заборона передачі, зміни юридичного характеру власності, продажу або переміщення активів або тимчасова передача у розпорядження або під контроль активів на основі наказу, виданого судом або іншим компетентним органом.¹⁵⁷ Термін використовується взаємозамінно із термінами **заморожування, обмеження, накладення арешту та блокування.**

Штрафна неустойка. Витрати, які присуджуються особі через недбальство, яке призвело до особистого ушкодження або шкоди особистій власності. Сума є суттєво більшою вартості певного предмету. Це платіж, що здійснюється особою потерпілій стороні як покарання за необачну поведінку.¹⁵⁸

Передача спірного майна в управління. Це процес, за допомогою якого все майно, належне до витребування, передається під контроль незалежної особи, «розпорядника». В обов'язки розпорядника входить управління компанією або активами. Якщо кредитор по забезпеченому боргу не отримав сплати, або позикодавець вважає методи управління компанії сумнівними, може бути призначений розпорядник на підставі контракту між позичальником та кредитором. Судовий позов не потрібен в даному випадку.

Визнання (цивільного судового рішення). Інший суд приймає рішення іноземного суду без заслуховування свідчень та здійснення незалежного процесу прийняття рішення і приймає своє власне рішення, викладаючи по суті ті ж самі висновки та умови.

Відшкодування. Сума, яка має бути сплачена за судовим наказом: (а) щоб повернути кошти законному власнику, (б) щоб відновити ушкоджену власність до первинного стану або (в) в якості компенсації потерпілому.¹⁵⁹

Наказ про обмеження дій. Це форма зобов'язуючого судового наказу, який видається суддею або судом, який обмежує будь-яку особу у розпорядженні або продажу майна, вказаного в наказі, до моменту прийняття рішення по провадженню про конфіскацію. Зазвичай для цього потрібен дозвіл суду, але у деяких юрисдикціях арешт майна дозволяється за наказом прокуратури або іншого правоохоронного органу.

¹⁵⁷ Адаптовано з UNCAC, стаття 2(f).

¹⁵⁸ Black's Law Dictionary.

¹⁵⁹ Black's Law Dictionary.

Вилучення майна. Фізичне заволодіння визначеними активами. Зазвичай для цього потрібні судові накази, але деякі правоохоронні органи у певних юрисдикціях мають право на арешт майна.

Соціальна шкода. Збитки, яких зазнали не лише конкретні групи або особи, але й громада в цілому.

Деліктне правопорушення. Цивільне правопорушення, яке є підставою для позову про відшкодування шкоди.

Відстеження. Процес, за допомогою якого позивач демонструє, що сталося з його майном, визначає отримані від нього доходи та обґрунтовує свою вимогу щодо того, що доходи можуть справедливо вважатися такими, що представляють його власність.¹⁶⁰

Несправедливе збагачення. Принцип, у відповідності до якого особі не може бути дозволено незаконно збагачуватися за рахунок інших, і тому така особа повинна повернути майно або вигоди, отримані у несправедливий спосіб.

Свідок. Це особа, яка добровільно або примусово дає свідчення, усно чи письмово, про те, що він чи вона знає або стверджує, що знає, по суті справи в суді або посадовій особі, уповноваженій брати такі свідчення.¹⁶¹

¹⁶⁰Foskett проти McKeown та інших [2001] 1 А.С. 102 (Н.Л.) (анг.), описує відстеження не як позов або засіб захисту, а просто як «процес».

¹⁶¹Свідчення надані свідком, включно із свідченнями експертів, як правило, дуже важливі у справах про повернення майна, як при кримінальному, так і при цивільному провадженні.

Додаток Б. Практичні приклади

1. Справа пана Дієпрі Соломона Пітера Аламійєшейха (Сполучене Королівство)

У вересні 2005 року пан Аламійєшейх, губернатор штату Байєлса (Нігерія) з травня 1999 року до моменту його імпічменту в 2005 році, був заарештований поліцією Сполученого Королівства за трьома пунктами звинувачення у відмиванні коштів. Поліція Лондона отримала значні докази корупційної діяльності пана Аламійєшейха в Нігерії та відмивання незаконних доходів у всьому світі. Паралельно в Нігерії його намагалися переслідувати за ці самі злочини у внутрішньому суді і планували розпочати цивільне провадження за кордоном.

Нігерія вирішила висунути також цивільний позов. Для того, щоб зробити це, Нігерії потрібні були докази від влади Сполученого Королівства. Поліція Лондона отримала ці докази із використанням своїх повноважень щодо застосування примусу. Поліція була зв'язана зобов'язанням про нерозголошення перед власниками документів, що перешкоджало їм добровільно надати ці документи Нігерії та її юристам для використання у цивільному провадженні. Щоб подолати цю перешкоду, Нігерія звернулася до суду (без повідомлення пана Аламійєшейха) за отриманням наказу з вимогою до поліції Лондона про розкриття свідчень, які вони зібрали. Нігерія стверджувала, що це було необхідно в державних інтересах. Поліція Лондона підтвердила, що вона не має заперечень проти такого запиту, і, що ще більш важливо, що таке розкриття не зашкодить подальшому кримінальному розслідуванню Сполученого Королівства.

У листопаді 2005 року Комісія з питань протидії економічним та фінансовим злочинам Нігерії висунула пану Аламійєшейху кримінальні обвинувачення по 40 пунктах у відмиванні грошей та корупції. Справа носила міжнародний характер, так як активи знаходилися у різних юрисдикціях, таких як Багами, Британські Віргінські острови, Південна Африка, Кіпр, Данія, Сполучені Штати та Сполучене Королівство.

Стосовно активів, розташованих в Сполученому Королівстві, усвідомлюючи, що подання запиту про взаємну правову допомогу по кримінальній справі може зайняти багато часу, і що рішення нігерійських судів необов'язково будуть виконуватися, Нігерія ініціювала цивільне провадження у Високому суді Сполученого Королівства (Канцелярський відділ), щодо сумарного судового рішення проти двох компаній, Santolina Investment Corporation та Solomon and Peters Ltd., які відповідно були зареєстровані на Сейшельських та Британських Віргінських островах. Нігерія просила про повернення об'єктів нерухомості та коштів, які офіційно знаходилися у розпорядженні компаній.

Обидві компанії контролювалися паном Аламійєшейхом та використовувалися як юридичні особи для приховування активів, які нібито були отримані в результаті його корупційних дій на посаді губернатора штата Байелса. Пан Аламійєшейх стверджував, що в нього є законні пояснення щодо всіх активів, які вимагає Нігерія. В березні 2007 року суддя Сполученого Королівства виніс рішення суду з відтермінуванням стосовно першого позову про сумарне судове рішення, що означало, що він утримується від негайного рішення і бажає залишити це питання на розгляд.

В липні 2007 року в окремому кримінальному провадженні в Нігерії проти вищезазначених компаній та колишнього губернатора, пан Аламійєшейх визнав вину по шести пунктах звинувачення щодо неправдивих заяв про активи у Федеральному Високому суді, а також визнав вину від імені компаній Solomon and Peters та Santolina у звинуваченнях щодо відмивання коштів від хабарів, які були сплачені за отримання державних контрактів. Визнавши свою вину у суді в Нігерії, він зруйнував будь-яку можливість побудувати ґрунтовний захист по цій справі. Відповідно, Канцелярський відділ Високого Суду Лондона скористався новими доказами визнання провини в Нігерії та дозволив друге слухання для винесення сумарного рішення. Цього разу сумарне рішення було винесене судом на користь Нігерії.

Суд дійшов висновку, що залишки на банківських рахунках та інвестиції у нерухомість, що належали двом компаніям, підконтрольним пану Аламійєшейху, були отримані за рахунок хабарів та прихованих доходів, і, таким чином, мають бути повернені уряду Нігерії, як законному власнику цих активів. В результаті суд прийняв рішення про те, що Нігерія була законним власником трьох об'єктів житлової нерухомості в Лондоні (які були зареєстровані на Solomon & Peters Ltd., як єдиного власника) та залишків на певних банківських рахунках, на суму приблизно 2,7 мільйона доларів США (які були відкриті в Royal Bank of Scotland на ім'я Santolina Investment Corporation), а також 1,5 мільйона доларів США, конфіскованих під час арешту. Виявилося, що Santolina була юридичною особою для приховування активів, що стосувалися офшорних юрисдикцій. Загальна сума, що була повернена перевищила 17,7 мільйонів доларів США.

2. Уряд Замбії проти колишнього президента Замбії, Фредеріка Чілуби (Сполучене Королівство)

Фредерік Чілуба був президентом Замбії з 1991 року до 2002 року. Після того, як він залишив посаду, влада Замбії почала кримінальне розслідування та також створила робочу групу для проведення оцінки суми відшкодування. В лютому 2003 року проти нього в Замбії висунули кримінальне звинувачення по 168 пунктах зловживань та відмивання коштів на суму понад 40 мільйонів доларів США державних коштів. Заяви включали активи, які були переведені з Міністерства фінансів на рахунки Лондонської філії Національного комерційного банку Замбії

(Zanaco). Уряд Замбії стверджував, що рахунок використовувався для покриття власних витрат Чілуби, а відповідач стверджував, що рахунок використовувався службою розвідки Замбії для фінансування операцій за кордоном.

У 2004 році, в той час коли в Замбії відбувався розгляд кримінальної справи, генеральний прокурор Замбії подав цивільний позов в Сполученому Королівстві від імені народу Замбії. Позов був про те, що Чілуба, разом із колишніми посадовими особами Замбії, вступив із іншими особами у таємну змову з метою незаконного привласнення коштів, які належали Замбії. Місце судового розгляду було обране головним чином через тісний зв'язок активів та відповідачів із Лондоном, зокрема (а) значна частина нібито вкрадених грошей була переведена через або трималася на рахунках в Лондоні; (б) більша частина коштів, виведених із Замбії, проходила через юридичні фірми та банківські рахунки в Сполученому Королівстві; (в) декілька окремих відповідачів мали тісні зв'язки із Лондоном; та (г) нарешті, рішення суду були легко та негайно виконані без будь-яких інших правових заходів.

В основному, влада Замбії скористалися можливістю подання позову в Сполученому Королівстві, оскільки вони сподівалися, що це буде найкращою можливістю повернення певних сум відмитих коштів. Накази про арешт майна, видані англійськими судами, а не замбійськими судами, значно збільшували шанси на їх виконання – аргументом також було те, що Сполучене Королівство є стороною Брюссельського правового режиму. Суд в Лондоні визнав Чілубу та його співвідповідачів винними у цивільному правопорушенні (незаконне привласнення) щодо крадіжки 46 мільйонів доларів США (23 мільйони фунтів стерлінгів).

На додаток, відповідачі були також визнані винними у порушенні фідучіарних обов'язків перед Замбією або у наданні нечесного сприяння у здійсненні цих порушень. Відповідачі вступили у змову, залякуючи працівників уряду та стверджуючи, що за все що відбувається, не настане відповідальність, через те, що це все були «секретні операції» урядового органу безпеки ZSIS. Замбія перемогла та отримала декілька судових рішень. Замбія домоглася виконання судових рішень в різних юрисдикціях, повернувши значні суми. Однак, по кримінальному провадженню Чілуба був згодом виправданий в Замбії.

Замбія також прагнула притягти до відповідальності двох посередників корупційних схем із Сполученого Королівства. Проти двох англійських адвокатів та їх відповідних юридичних фірм, Ікбара Меєра, Meer Care & Desai та Бімала Текера, Cave Malik були висунуті позови щодо того, що вони нібито надавали незаконну підтримку у привласненні коштів. Банківський рахунок фірми в Лондоні, нібито використовувався для сплати 20 мільйонів доларів Замбійським урядом за можливу обладку із зброєю. Ключовим питанням було чи юристи «перетнули межу між некомпетентністю та безчесністю (тест «нерозумний чи негідник»)».

Суд першої інстанції дійшов думки, що юристи безчесно допомагали Чілубі та замбійським відповідачам у їх правопорушеннях та вступили у змову з метою незаконного привласнення коштів із Замбії. Суддя базувався на правовій нормі «довірча власність в силу закону за навмисне нечесне пособництво». Він дійшов до думки, що партнер або знав, що інструкції, які він виконував, мали відношення, насправді, до крадених грошей, або він чітко підозрював, що такий факт має місце, але вирішив проігнорувати це (буквально це називається «закрив очі»). Суд виніс рішення про те, що пан Мейер та юридична фірма мають сплатити понад 11 мільйонів доларів США.

При розгляді апеляції суд вищої інстанції скасував це рішення та виніс рішення, що обидва співвідповідачі-юристи – не винні. Апеляційний суд відзначив, що це більш схоже на некомпетентність в розумінні та виконанні професійних обов'язків, а не на нечесне сприяння в корупційній схемі. Тому рішення суду першої інстанції було скасоване. Тим не менш, дана юридична норма залишається дієвою.

3. Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina (Сінгапур)

Pertamina – це індонезійська компанія у державній власності, створена 15 вересня 1971 року, у відповідності до закону № 8 від 1971 року, республіки Індонезія. Pertamina виконувала великий проект з економічного розвитку за наказом індонезійського уряду. Одним із основних проектів була розробка великого промислового комплексу для виробництва сталі та інших пов'язаних галузей. Проект потребував допомоги зовнішніх підрядників. В зв'язку з цим дві німецькі компанії, Siemens AG та Klockner Industrie Analegen GmbH, були залучені до роботи. Siemens поставляла електрогенератори, а Klockner збудувала та обладнала систему водопостачання.

М. Тахір був генеральним помічником президента компанії Pertamina. Його заробітна плата складала приблизно 9 000 доларів США на рік. На дату його смерті в Сінгапурі були відкриті численні депозитні банківські рахунки в азійській валюті (ACU), більшість з яких була деномінована в німецьких марках (DM) та частина – доларах. Банківські рахунки були відкриті на ім'я пана Тахіра та його дружини.

Суд першої інстанції визнав факт хабарництва. Суд дійшов думки, що гроші, деноміновані в DM на рахунках М. Тахіра в сінгапурських банках, надійшли від Siemens та Klockner та були хабарами, сплаченими цими компаніями М. Тахіру за отримання більш сприятливих умов контракту та привілейоване ставлення. Pertamina подала позов про відшкодування хабарів.

Pertamina дізналася про банківські рахунки (які спільно належали М. Тахіру та його дружині, пані Картіка Ранга Тахір) після смерті М. Тахіра, коли вже виникла суперечка між його вдовою та синами від попереднього шлюбу з приводу отримання цих коштів. Pertamina надіслала повідомлення до банку, стверджуючи, що вона має право на різні депозити на цих рахунках на підставі того, що М. Тахір отримав їх нечесним шляхом, працюючи на Pertamina, та заволодіння цими грошима протиричило його обов'язкам, як працівника Pertamina.

Банк звернувся до суду з проханням приєднати Pertamina як відповідача, разом із вдовою М. Тахіра та його синами від попереднього шлюбу. І суд повинен був вирішити, хто мав право на гроші, отримані від хабарів, які знаходилися на банківських рахунках в Сінгапурі.

Суд першої інстанції прийняв позов Pertamina, наголошуючи, що, беручи до уваги дуже широкі повноваження та сферу відповідальності М. Тахіра, «важко уявити більш очевидну ситуацію, яка сприяла б виникненню фидуціарних відносин». Насправді, суд визнав, що Тахір мав фидуціарні зобов'язання перед компанією Pertamina, і що хабарі, які він отримував, були у його володінні, як довірчого власника компанії, що означає, що компанія має право подавати речовий позов щодо цих коштів.

Вдова М. Тахіра подала апеляцію на це рішення, стверджуючи, що Pertamina знала про отримання ним хабарів та погоджувалася на це, і через це не мала право подавати речовий позов щодо депозитів ACU. Апеляційний суд відхилив її заяву, наполягаючи, що вона не надала жодного доказу того, що Pertamina знала про хабарі або давала згоду на їх отримання М. Тахіром.

Апеляційний суд погодився із рішенням судді першої інстанції та заявив, що «сторона, що подає апеляцію (вдова М. Тахіра), свідомо допомагала М. Тахіру у реалізації його безчесних та шахрайських схем отримання хабарів, які знаходяться на депозитних рахунках, і на додаток, вона також отримала майно в довірчій власності, тобто депозити, коли вона стала єдиним законним власником цих депозитів після смерті чоловіка. Відповідно, весь час вона володіла депозитами на правах довірчого власника від імені Pertamina».

4. Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших (Сполучене Королівство)

З травня 1999 року по травень 2008 року Джошуа Даріє був губернатором штату Плато у Федеративній республіці Нігерія. Під час його правління Даріє імовірно привласнив більше, ніж 11,9 мільйонів доларів США. Нігерія дізналася, що частина грошей була витрачена на придбання нерухомості в Лондоні, а інша частина була переправлена на банківські рахунки у Сполученому Королівстві та Нігерії.

В 2005 та 2007 роках у судах Сполученого Королівства Нігерія подала два цивільні позови з метою конфіскації незаконно отриманих активів Даріє. Згодом Нігерія виграла обидва позови. Даріє намагався оскаржити юрисдикцію суду Сполученого Королівства, стверджуючи, що суд в Нігерії був більш відповідним судовим форумом. Суд відхилив претензію Даріє з трьох основних причин: (а) клопотання Даріє було тактикою затягування справи, а не проявом доброго наміру; (б) той факт, що основні свідки знаходяться в Нігерії не є перешкодою для здійснення судового розгляду в Сполученому Королівстві; та (в) судові рішення буде простіше виконати, якщо воно буде отримано безпосередньо в Сполученому Королівстві.

Суд вивчив питання щодо складності виконання рішення нігерійського суду стосовно банківських рахунків, знайдених в Англії, та прийняв до уваги, що нігерійський суд матиме проблеми із отриманням згоди англійських банків на розкриття інформації. Таким чином, суд вирішив, що Сполучене Королівство є відповідним форумом. Під час провадження Нігерії вдалося отримати ухвалу суду в Сполученому Королівстві щодо розкриття Нігерії інформації, зібраної Сполученим Королівством під час кримінального розслідування, у разі відсутності заперечень з боку влади та підтвердження, що таке розкриття не зашкодить їх розслідуванню.

5. ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших (Сполучене Королівство)

Пан Аблязов був головою правління казахського БТА банку в Казахстані. Після того, як він пішов з банку в 2009 році, була виявлена нестача значних сум на рахунках БТА. Пана Аблязова звинуватили в розтраті в особливо великих розмірах та привласненні активів банку. Він втік до Сполученого Королівства та успішно отримав притулок. Однак, БТА, який перейшов у власність Державного інвестиційного фонду Казахстану, подав проти нього позов в Сполученому Королівстві до Високого суду Лондона, вимагаючи повернення 6 мільярдів доларів США, стверджуючи, що пан Аблязов спрямував розтрачені кошти на купівлю численних об'єктів нерухомості в Сполученому Королівстві та по всьому світі. БТА банк вимагав замороження активів. На початковому етапі провадження, у зв'язку із наказом про замороження активів, від пана Аблязова вимагали розкрити повну інформацію про його активи.

Пан Аблязов оскаржив цей наказ, посилаючись на своє право не давати примусові свідчення проти себе, зокрема на те, що виконання цього наказу може призвести до розкриття ним інформації, яка може бути використана проти нього в кримінальному провадженні у Казахстані. Апеляція пана Аблязова була відхилена з декількох причин, хоча БТА погодився, що спочатку інформація має бути розкрита адвокатам та юридичному раднику заявника, із вирішенням питання про більш широке розкриття пізніше. Врешті-решт, під час судового слухання БТА

успішно довели, що пан Аблязов продовжував переводити свої гроші по всьому світі, незважаючи на наказ про заборону таких транзакцій, і суд визнав його винним за неповагу до суду, засудивши його в лютому 2012 до 22 місяців ув'язнення.

Зважаючи на те, що пан Аблязов продовжував розпоряджатися своїми активами, незважаючи на судовий наказ, БТА подав позов про отримання наказу про передачу спірного майна в управління. Суд мав зважити ризик розпорошення активів та майнові права відповідача, пана Аблязова. БТА навів два основних аргументи на підтримку свого запиту про призначення розпорядника: (а) відповідач використовував структури, що були засновані на особах, призначених на відповідні посади, які діяли від його імені, та використовував організаційні структури в юрисдикціях «відомих своєю таємничістю та спрощеним законодавством»; та (б) відповідач порушив наказ про заморожування активів. Суд дійшов висновку, що необхідно призначити розпорядника на підтримку виконання наказу про заморожування активів, щоб зберегти активи та запобігти їх розпорошенню до суду. Наказ про передачу спірного майна в управління був спрямований на надання можливості розпорядникам отримати контроль над організаційними структурами, які використовувалися.

6. Генеральний прокурор островів Теркс і Кайкос проти Star Platinum Island Ltd. та інших

Star Platinum та пов'язані компанії мали намір розвивати курорт на островах Теркс та Кайкос. Використовуючи декілька посередницьких юридичних осіб, у 2007 році керівники Star Platinum сплатили 500 000 доларів США міністру уряду Міхаелю Мізику. Через короткий час по тому уряд островів Теркс та Кайкос надав Star Platinum у довготермінову оренду на привабливих умовах додаткове майно, яке могло збільшити вартість проекту: наприклад, компанія сплатила 3,2 мільйони доларів США за договори оренди, що було незначною часткою їх ринкової вартості. Більш того, компанія також отримала в оренду загальну територію розміром понад 500 акрів за трьома різними договорами, з можливістю викупу більшої частини землі (знову таки за цінами набагато нижчими за офіційні ринкові ціни), та угоду на забудову, яка надавала Star Platinum право реалізовувати девелоперські проекти на цих землях.

У суді на Теркс та Кайкос генеральний прокурор подав позов проти Star Platinum за звинуваченням у хабарництві, зокрема щодо того, що гроші сплачені міністру, були хабаром, та з вимогою про розірвання договорів оренди. Відповідачі стверджували, що оплата не була хабаром, а була політичною пожертвою політичній партії, яка була при владі на той час.

В червні 2013 року суд дійшов висновку про значну ймовірність того, що 500 000 доларів США були хабаром, та що договори оренди були отримані в результаті сплати хабара. Суд виніс рішення про те, що генеральний прокурор має право

на анулювання даної транзакції та на повернення суми хабара або шкоди, спричиненої цим хабаром (але не обидва відшкодування одночасно). Суддя також визнав, що Star Platinum винна у шкоді, що спричинена порушенням угоди на забудову, і що договори оренди, укладені у відповідності до договору про забудову, не є дійсними після припинення дії угоди на забудову.

В результаті анулювання контракту, суд визнав, що держава не повинна повертати 3,2 мільйони доларів США, які Star Platinum сплатили за неправомірною угодою про оренду, оскільки банк отримав добросовісні права на майно, як гарантію в рахунок боргів керівника: банк взяв в розпорядження майно, щоб гарантувати виплату 3,2 мільйонів доларів США. Суд оцінив, що Star Platinum не збагатилася в результаті анулювання контракту, оскільки вартість майна була зменшена через позов.

Тому суд був задоволений тим, що шкода, яку Star Platinum мала відшкодувати генеральному прокурору, була вищою за суму, належну до сплати у разі реституції. Таким чином, суд вирішив, що транзакція має бути анульованою без вимоги повернення коштів генеральним прокурором.

Додаток В. Таблиця згаданих судових справ

1. Основний текст

<i>Прецедентне право</i>	<i>Глава</i>	<i>Стор.</i>
Текстовий блок 1.1 Справа Фердінанда Маркоса – 1 грудня 1988 року (Сполучені Штати)	Глава 1 (А) (2)	31
Текстовий блок 1.2 Республіка Ірак проти АBB AG та інших – 6 лютого 2013 року (Сполучені Штати)	Глава 1 (А) (2)	32
Текстовий блок 1.3 – Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпріє Аламійєшейха та інших – 3 грудня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 1 (А) (2)	33
Текстовий блок 1.4 – Республіка Бразилія проти Durant, JRC [острів Джерсі] 211 (2012). Справа Малуфа в Джерсі – 16 листопада 2012 року (острів Джерсі)	Глава 1 (А) (2)	34
Текстовий блок 1.5 – Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina – 25 серпня 1994 року (Сінгапур)	Глава 1 (А) (2)	45
Текстовий блок 1.6 – Туніс як цивільна сторона в контексті кримінальних справ, зокрема про повернення активів	Глава 1 (А) (3)	35
Текстовий блок 1.7 – Позови в рамках майнового права з метою надання компенсації потерпілим від корупції: приклад Боснії та Герцоговини	Глава 1 (А) (3)	36
Текстовий блок 1.8 – Continental Management проти Сполучених Штатів – 17 грудня 1975 року (Сполучені Штати)	Глава 1 (Б) (1)	39
Текстовий блок 1.9 – Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших, [2007] EWHC 952 (Ch) – 4 травня, 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 1 (Б) (2)	41
Текстовий блок 3.1 – Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Даріє та інших – 12 березня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 3 (А)	61

Прецедентне право	Глава	Стор.
Текстовий блок 3.2 – Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших, [2007] EWHC 952 (Ch) – 4 травня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 3 (А)	64
Текстовий блок 3.3 – Укрвакцина проти Olden Group LLC, Справа № 6:10-cv-06297-AA(D. Ore.) 30 жовтня 2011 року (Сполучені Штати)	Глава 3 (А)	65
Текстовий блок 3.4 – Alba проти Alcoa Company – мирова угода із урядом США – Оголошено 9 січня 2014 року (Сполучені Штати)	Глава 3 (А)	66
Текстовий блок 3.5 – Fiona Trust & Holding Corp. та інші проти Дмитра Скарги та інших. [2013] EWCA Civ 275 – 26 березня 2013 року (Сполучене Королівство)	Глава 3 (Б)	67
Текстовий блок 4.1 – Лівія проти Capitana Seas Ltd. – 9 березня 2012 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (А) (1)	73
Текстовий блок 4.2 – Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпрі Аламійешейха та інших – 3 грудня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (А) (1)	74
Текстовий блок 4.3 – Генеральний прокурор Гонконгу проти Reid – 1 листопада 1993 року (Гонконг)	Глава 4 (А) (1)	75
Текстовий блок 4.4 – Картіка Ратна Тахір проти компанії Pertamina – 25 серпня 1994 року (Сінгапур)	Глава 4 (А) (1)	76
Текстовий блок 4.5 – Гонконг проти Reid: Sinclair Investments проти Versailles – 29 березня 2011 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (А) (1)	77
Текстовий блок 4.6 – Сароглоу проти Канади (казначейство) – 23 лютого 2012 року (Канада)	Глава 4 (А) (2)	78
Текстовий блок 4.7 – World Duty Free Company Limited проти республіки Кенія – 25 вересня 2006 року (ICSID)	Глава 4 (Б) (1)	80

Прецедентне право	Глава	Стор.
Текстовий блок 4.8 – Генеральний прокурор островів Теркс і Кайкос проти Star Platinum Island Ltd. та інших. – декілька рішень між 2011 та 2013 роками (Теркс і Кайкос)	Глава 4 (Б) (1)	81
Текстовий блок 4.9 – Палата Лордів, Генеральний прокурор проти Blake [2000] UKHL 45 – 27 липня 2000 року	Глава 4 (Б) (1)	84
Текстовий блок 4.11 – Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших, [2007] EWHC 952 (Ch) – 4 травня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (Б) (2)	86
Текстовий блок 4.12 – Korea Supply Co. проти Lockheed Martin Corp. 29 Cal.4th 1134, 63 P.3d 937 – 3 березня 2003 року (Сполучені Штати)	Глава 4 (Б) (2)	88
Текстовий блок 4.13 – Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпрі Аламійешейха та інших – 3 грудня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (Б) (4)	90
Текстовий блок 4.14 – Республіка Нігерія проти Dan Etété – Tribunal de Grand Instance (TGI) de Paris, 11eme chambre – 7 лютого 2007 року (Франція)	Глава 4 (Б) (4)	94
Текстовий блок 5.1 – Палата Лордів (Сполучене Королівство) – Компанія Norwich Pharmacal та інші проти представників у митних і акцизних справах – 26 червня 1973 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (1)	97
Текстовий блок 5.2 – Справа Anton Piller: Anton Piller K.G. and Manufacturing Processes Ltd. – 8 грудня 1975 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (2)	98
Текстовий блок 5.3 – Справа Ао Ман Лонга – 2009 рік (не завершена) (Особливий адміністративний район Гонконг)	Глава 5 (А) (2)	100
Текстовий блок 5.4 – ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших – 27 жовтня 2009 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (4)	101

Прецедентне право	Глава	Стор.
Текстовий блок 5.5 – Нігерія проти Santolina Investment Corporation, Дієпрі Аламійешейха та інших – 3 грудня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (5)	103
Текстовий блок 5.6 – Mareva Compania Naviera SA проти International Bulkcarriers S.A. – 23 червня 1975 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (Б) (1)	106
Текстовий блок 6.1 – Верховний суд Нового Південного Уельсу – Sykes проти Richardson (2007) NSWSC 418 – 1 травня 2007 року (Австралія)	Глава 6 (А) (2)	113
Текстовий блок 6.2 – Prediwave Corporation проти New World TMT Limited та Modern Office Technology Ltd. проти New World TMT Ltd. – 17 жовтня 2006 року (Особливий адміністративний район Гонконг, Китай)	Глава 6 (А) (2)	115
Текстовий блок 7.1 – Fyffes Group Ltd. проти Templeman – 22 травня 2000 року (Сполучене Королівство)	Глава 7 (А) (1)	120
Текстовий блок 7.2 – Справа місто Канни – Cour d’appel (14 грудня 2005 року) та Cour de cassation – 14 березня 2007 року (Франція)	Глава 7 (А) (1)	121
Текстовий блок 7.3 – S.T. Grand Inc. проти міста Нью-Йорк – 11 квітня 1972 року (Сполучені Штати)	Глава 7 (А) (2)	122
Текстовий блок 7.4 – Cameroon Airlines проти Transnet Ltd. [2004] APP.L.R. 07/29 – 29 липня 2004 року (Сполучене Королівство)	Глава 7 (А) (2)	123
Текстовий блок 7.6 – Графство Сант Бернардіно проти Волша 158 Cal.App.4th 533, 69 Cal. Rptr. 3d 848 (Cal. App. 2 Dist. 2007) – 27 грудня 2007 року (Сполучені Штати)	Глава 7 (Б)	125
Текстовий блок 8.1 – Генеральний прокурор Замбії проти юридичної компанії Meer Care & Desai та інших, [2007] EWHC 952 (Ch) (Сполучене Королівство)	Глава 8 (А) (1)	135

<i>Прецедентне право</i>	<i>Глава</i>	<i>Стор.</i>
Текстовий блок 8.2 – Федеральний верховний суд Швейцарії (4A_366/2011), 31 жовтня 2011 року (Швейцарія)	Глава 8 (А) (2)	137
Текстовий блок 8.3 – Федеративна республіка Нігерія проти Джошуа Дарійє та інших, 12 березня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 8(А) (3)	138
Текстовий блок 8.4 – Інвестиційна організація Кувейту \ Шейх Фахд Мохаммед Аль-Сабах – цивільне рішення в 1999 році в Сполученому Королівстві (Сполучене Королівство)	Глава 8(А) (3)	139
Текстовий блок 9.2 – ПАТ БТА Банк проти Аблязова та інших – 27 жовтня 2009 року (Сполучене Королівство)	Глава 9 (Б)	146

2. Судові справи, про які згадується у примітках

<i>Примітка номер</i>	<i>Прецедентне право</i>	<i>Глава</i>	<i>Стор.</i>
2	Генеральний прокурор Гонконгу проти Рейд [1994] 1 Ас 324 at 330-1. at 330-1 – 1 листопада 1993 року (Особливий адміністративний район Гонконг, Китай)	Вступ	15
7	Siemens Telecom та інші справи в інших секторах	Вступ	19
13	Korea Supply Co. проти Lockheed Martin Corp., 29 Cal. 4th1134, 63 P.3d 937 (Cal. 2003) (Сполучені Штати)	Глава 1	27
14	Цивільні позови SNC- Lavalin (Канада)	Глава 1	27
а.	Аламійешейх проти Генеральної прокуратури, Справа № СО/9133/2005 – 25 листопада 2005 року (Сполучене Королівство)	Глава 1 (А) (3)	33

Примітка номер	Прецедентне право	Глава	Стор.
b.	Федеральний вищий суд Нігерії, Лагос, Федеративна республіка Нігерія проти Дієпрі Аламійєшейха та інших, Справа № FHC/U328C/05 (Нігерія)	Глава 1 (А) (3)	33
	Федеральний кримінальний суд, Cour des Plaintes, А. проти Республіка Туніс та Ministere Public de la Confederation – 20 березня 2012 року (Швейцарія)	Глава 1 (А) (3)	33
25	Tribunal de Grande Instance de Paris, 11th chamber, Справа проти Dan Etété – 7 листопада 2007 року (Франція)	Глава 1 (А) (3)	36
27	Держава Боснія та Герцеговина проти Момчіло Мандіка та інших, (перша інстанція: 27 жовтня 2006 року) KPV 02/06; Підтверджене апеляційним судом KPV 03/07 (29 березня 2007 року)	Глава 1 (А) (3)	36
46	Верховний суд (США) Piper Aircraft проти Reyno, 454 США 235, 250 – 8 грудня 1981 року (Сполучені Штати)	Глава 3 А	65
57	Foskett проти McKeown та інших [2001] 1 А.С. 102 (Н.Л.) (Англія)	Глава 4 (А) (1)	72
b.	Високий суд Лондона, Дієпрі Соломон Пітер Аламійєшейх проти генеральної прокуратури, Справа № СО/9133/2005 – 25 листопада 2005 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (А) (1)	74
b.	Нігерія проти Santolina Investment Corp. та інших., [2007] EWHC 3053 (Q.B.). – 7 березня 2007 року (Сполучене Королівство)		
a.	Королівський суд Джерсі – Lloyds Trust Company (Channel Island) Ltd. проти уряду Мозамбіку та інших – 31 жовтня 2013 року (острів Джерсі)	Глава 4 (А) (1)	76
63	Ross River Ltd. проти Cambridge City Football Club Ltd. [2007] EWHC 2115 (Ch) – 19 вересня 2007 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (В) (1)	81

Примітка номер	Прецедентне право	Глава	Стор.
68	Wrotham Park Estate Co. Ltd. проти Parkside Homes Ltd. [1974] 1 WLR 798 – 1 січня 1974 року (Сполучене Королівство)	Глава 4 (В) (1)	83
75	Industries & General Mortgage Co. Ltd. проти Lewis [1949] 2 All ER 573 (Сполучене Королівство)	Глава 4 (В) (2)	87
82	Cour de Cassation, Civ. 2eme, 10 mai 2012, n 11-14.739. (Франція)	Глава 4 (В) (4)	91
83	Lamb проти Phillip Morris, 915 F. 2d 1024, 1027-30 (6th Cir. – 28 вересня 1990 року (Сполучені Штати)	Глава 4 (В) (4)	91
	J.S. Service Center Corp. та Sercenco, S.A. проти General Technical Services Co., Inc. та General Electric Company – 17 липня 1996 року (Сполучені Штати)		
85	Glazer Capital Mgmt. LP проти Magistri, 549 F.3d 736 (9th Cir. Cir.) – 26 листопада 2008 року (Сполучені Штати)	Глава 4 (В) (4)	92
86	Dooley проти United Technologies Corp., 803 F.Supp. 428 (D.D.C. 1992) – 17 червня 1992 року (Сполучені Штати)	Глава 4 (В) (4)	92
	Environmental Tectonics проти W.S. Kirkpatrick Inc., 847 F.2d 1052 (3d Cir. 1988) – 2 травня 1988 року (Сполучені Штати)		
89	Сполучені Штати проти Balsys, 525 U.S. 666, 669 – 25 червня 1998 рік (Сполучені Штати)	Глава 4 (В) (4)	93
94	Bankers Trust проти Shapira [1980] 1WLR 1274 – 4 червня 1980 року (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (1)	97
95	Bank Mellat проти Nikpour [1985] FSR 87 (CA) (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (2)	98
103	Bishopsgate Investment Management Ltd. проти Maxwell (№ 2) [1993] BCLC 814 – Feb. 16, 1993 (Сполучене Королівство)	Глава 5 (А) (4)	101

1. Інтернет-ресурси

Міжнародні організації та установи

Група Світового банку

- Світовий банк: <http://www.worldbank.org>
- Підрозділ цілісності фінансових ринків: <http://www.worldbank.org/amlcft>

Ініціатива Повернення вкрадених активів (StAR)

- StAR: <http://www.worldbank.org/star>

Організація Об'єднаних Націй

- Організація Об'єднаних Націй: <http://www.un.org>
- Управління Організації Об'єднаних Націй по боротьбі із наркотиками та злочинністю: <http://www.unodc.org>
- Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC): <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>
- Конвенція ООН проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин, 1988: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>
- Конвенція ООН про протидію міжнародній організованій злочинності (UNTOC): <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>

Організація економічного співробітництва і розвитку, Конвенція по боротьбі з підкупом посадових осіб іноземних держав при здійсненні міжнародних бізнес-операцій, http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

Міжамериканська конвенція про протидію корупції: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>

Конвенція Ради Європи та груп: <http://conventions.coe.int>

- Конвенція про цивільно-правову відповідальність за корупцію, 4 листопада 1999 рік: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/174.htm>
- Група держав GRECO проти корупції: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp

Рішення та Резолюції Ради Європейського Союзу: <http://eur-lex.europa.eu>

Конвенція Африканського Союзу про запобігання та боротьбу із корупцією 2003: http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_UNION_CONVENTION_PREVENTING_COMBATING_CORRUPTION.pdf

Конвенція Співдружності незалежних держав про правову допомогу і правові стосунки по цивільних, сімейних та правових справах: http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_info01e.pdf

Група з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF): <http://www.fatf-gafi.org>

Організації, рейтингові агенції та асоціації адвокатів, які відстежують діяльність адвокатів з питань повернення активів

Міжнародна торгова палата: <http://www.iccwbo.org/>

U4, Антикорупційний Ресурсний центр: <http://www.u4.no/>

FraudNet: <http://www.icc-ccs.org/home/fraudnet>

Світовий банк, Група по боротьбі з міжнародною корупцією: <http://web.worldbank.org/WSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/ORGUNITS/EXTDOII/0,,contentMDK:23195265~menuPK:588927~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:588921,00.html>

Chambers and Partners: www.chambersandpartners.com/

Інтернет-джерела по прецедентному праву

База даних справ про корупцію, StAR: <http://star.worldbank.org/corruption-cases/?db=All>

Британський та Ірландський інститут правової інформації (BAILII): www.bailii.org/

Законодавча база Франції та прецедентне право (Legifrance): www.legifrance.gouv.fr/

Центр знань з повернення активів <http://www.assetrecovery.org/>

2. Публікації та дослідження

Публікації Світового банку та StAR (всі доступні на <http://star.worldbank.org>)

- Жан-П'єр Брун, Клайв Скотт, Кевін М. Стівенсон та Ларисса Грей, Довідник з питань повернення активів: практичний посібник для фахівців-практиків, публікації Світового банку, 2011 рік.
- Еміль ван дер Віллебой, Емілі М. Холтер, Роберт А. Гаррісон, Джі Вон Парк та Дж.Сі. Шарман, Ляльководи – Як корупціонери використовують юридичні структури для приховування вкрадених активів та що з цим робити, публікації Світового банку, 2011.
- Теодор С. Гінберг, Лінда М. Самуель, Вінгейт Грант, та Ларисса Грей, Посібник з кращого досвіду конфіскації активів поза кримінальним провадженням, публікації Світового банку, 2007.
- Джакінта Одур, Жанна Хоч, Маріанна Матіас, Джі Вон Парк, Олівер Стоулп, Августін Флах та Дороті Готвальд, Поза угодою: Мирові угоди у справах про хабарництво та їх значення для повернення активів, публікації Світового банку, 2013.
- ОЕСР / Світовий банк, Визначення та підрахунок доходів від хабара: Спільний аналіз ОЕСР – StAR, 2011.
- ОЕСР / StAR, Зобов'язання щодо запобігання корупції та повернення активів, 2011 Кевін М. Стівенсон, Ларисса Грей, Рік Пауер, Жан-П'єр Брун, Габріель Данкер, та Меліса Панджер, Перешкоди у поверненні активів: Аналіз основних перешкод та рекомендації щодо дій, публікації Світового банку, 2011 рік.

Книги

- Сер Вільям Блекстоун, Коментарі до законодавства Англії – про природу злочинів та покарання за них (Книга 4, Глава 1), Oxford University Press (1765–69), доступна <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-401.htm>.
- Шелбі Р. Грабс, Міжнародний цивільний судовий процес (World Law Group Series), Kluwer Law International, 2003.
- Дональд Гарріс, Девід Кемпбел та Роджер Халсон, Правові засоби захисту в контрактних та деліктних відносинах, 2-ге видання, Cambridge University Press, 2005.
- Гюнтер Хайне, Барбара Губер та Томас О. Розе, Приватне хабарництво в комерційній сфері, ICC, 2003.
- Анне Херітієр Лахат (ed.) та Урсула Кассані (ed.), Lutte Contre La Corruption— Нескінченна історія, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.
- Бернд Х. Клозе (ed.), Відстеження та повернення активів – The FraudNet World Compendium, ICC FraudNet, Epix Шмідт Ферлаг, 2010.

- Олаф Мейер (ed.), Цивільно-правові наслідки корупції, Nomos, 2009.
- Колін Ніколс QC, Тім Деніел, Алан Бакарез, та Джон Хетчард, Корупція та зловживання державною посадою, 2-ге видання, Oxford University Press, 2011.

Статті та робочі документи доступні в мережі Інтернет

- Комісія європейського співтовариства, «Робочий документ комісії, на додаток до Білої книги про позови про відшкодування шкоди за порушення антикорупційних норм ЄС»2008; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>.
- Рада Європи, Цивільна конфіскація (конфіскація проти речі): Пояснювальна записка та дослідження впливу, Технічний документ підготовлений Арвіндер Самбеї, 2012 рік [http://coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/Technical%20papers/2358%20CAR%20-%20TP%2020%20-%20Arvinder%20Sambei%20-%20Impact%20Study%20on%20Civil%20Forfeiture%20-%20May%202012%20-%20ENG%20\(2\).pdf](http://coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/Technical%20papers/2358%20CAR%20-%20TP%2020%20-%20Arvinder%20Sambei%20-%20Impact%20Study%20on%20Civil%20Forfeiture%20-%20May%202012%20-%20ENG%20(2).pdf).
- Леонард Гумпорт, Корупція в державному секторі – максимальне використання засобів захисту прав (доповідь, що обговорювалась на щорічній конференції Асоціації адвокатів округу Каліфорнія в 2005 році, 14-16 вересня, Лос-Гатос, Каліфорнія) http://www.grlegal.com/Articles/public_corruption_mem_7-11-06.pdf.
- Мартін С.Кенней, Лист Марева – Збереження активів в позасудовому порядку, спростування добросовісного захисту банку заявляючи про фактичні знання про шахрайство, засідання FraudNet, 2006 рік, <http://icc-ccs.org/home/publications/viewdownload/3/22>.
- Маркус Льофельман, Потерпіла сторона в кримінальному провадженні: Системний опис захисту потерпілої сторони в рамках кримінально-процесуального права Німеччини, Resource Material Series № 70, ст. 41–68, Саймон Корнел, 2006 рік http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No70/No70_06VE_Loffelmann1.pdf.
- Хуніта Олайя, Коджо Аттісо та Анджа Рос, Відшкодування соціальної шкоди на основі справ про корупцію: Можливості та проблеми на прикладі Alcatel в Коста Ріці, міжнародна антикорупційна конференція (2010), <http://14iacc.org/wp-content/uploads/SocialDamagePaper20.01.2011.pdf>.
- Джозеф Р. Профайзер (Вілмер, Катлер & Пікерінг), Ефективне використання правових заходів та заходів по відстеженню активів у боротьбі із корупцією: Цивільно-правовий захист, документ підготовлений для 9 міжнародної конференції по боротьбі із корупцією, 1999 рік http://9iacc.org/papers/day3/ws1/d3ws1_jrprofaizer.html.
- Сьюзан Розе-Акерман та Пол Д. Керрінгтон, Політика протидії корупції: Чи можуть суб'єкти міжнародних відносин відігравати конструктивну роль?, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2013 [http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Pauwelyn/Publications/rose-ackerman-carrington%20pdf%20\(2\).pdf](http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Pauwelyn/Publications/rose-ackerman-carrington%20pdf%20(2).pdf).

- Дуглас Р. Янг (Фарелла Браун & Martel LLP), Закон США Про корупцію за кордоном, як фактор у цивільному провадженні http://www.fbm.com/files/Publication/2b79d8bf-740f-45c7-8ff2-9980da7c7b89/Presentation/PublicationAttachment/e70b13d2-ecca-4bf3-807d-99b19fd76632/3C02CACD-4C60-467B-B371-5C58427333E0_document.pdf.
- Саймон Н. М. Янг, «Чому застосовувати цивільні позови в боротьбі із корупцією?» *Journal of Financial Crime* 16, № 2 (2009) <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1789998>.

Інші академічні статті

- Роберт Дж. Августін, «Отримання міжнародної правової допомоги, у відповідності до федеральних правил та Гаазької конвенції, для збору доказів закордоном у цивільних та комерційних справах», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, том 10 (1980): 101
- Джеймс Матон і Тім Деніел, «Повернення майна, отриманого в результаті корупційної діяльності посадових осіб: Практичний приклад», *Academy of European Law*, том 10, № 3 (2009): 453–65.

Протягом останньої декади корупція та повернення вкрадених активів поступово займає все більш важливі позиції в порядку денному міжнародної політики, з моменту набуття чинності Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC) в 2005 році, через Арабську весну в 2011 році та нещодавню низку скандалів у фінансовому секторі. Велика 20 та багато регіональних та громадських організацій пропонували ідеї щодо найкращих шляхів боротьби із корупцією, від підтримки превентивних заходів до розвитку міжнародної співпраці та ініціювання більш наполегливого кримінального переслідування.

В ході прийняття рішення державами щодо найкращого курсу дій у боротьбі із корупцією та повернення активів, найчастіше обговорюють заходи кримінального розслідування та переслідування, ніж цивільні позови. Насправді, коли стикаєшся із зловживанням владою, першою реакцією є застосування заходів впливу примусового характеру до того, хто зловживає владою, як правило, вони спрямовані на тюремне ув'язнення у комбінації із конфіскацією доходів, отриманих корупціонером.

Однак, для досягнення цілей повернення та компенсації приватні або «цивільні» заходи часто є необхідним та корисним доповненням кримінального переслідування. Корупція спричиняє також відчутну шкоду фізичним особам, установам та урядам, які мають право на повернення втрачених активів або отримання компенсації за спричинену їм шкоду. Забезпечуючи постраждалим прямий та ефективний шлях отримання компенсації за спричинену шкоду, цивільні позови можуть також стати корисними у запобіганні майбутнім корупційним діям, позбавляючи корупціонерів їх незаконно отриманих вигод і, таким чином, перешкоджаючи цілі, що лежить в основі більшості кримінальних злочинів. **Публічні правопорушення, цивільні позови** сконцентровані на тому, як держави, що потерпіли від корупції, можуть використовувати дані цивільно-правові засоби правового захисту в якості приватних позивачів для повернення активів.

Протягом останнього десятиліття корупція та повернення вкрадених активів поступово займає все більш важливі позиції в порядку денному міжнародної політики, з моменту набуття чинності Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (UNCAC) в 2005 році, через Арабську весну в 2011 році та нещодавню низку скандалів у фінансовому секторі. Велика 20 та багато регіональних та громадських організацій пропонували ідеї щодо найкращих шляхів боротьби із корупцією: від підтримки превентивних заходів до розвитку міжнародної співпраці та ініціювання більш наполегливого кримінального переслідування.

В ході прийняття рішення державами щодо найкращого курсу дій у боротьбі із корупцією та повернення активів найчастіше обговорюють заходи кримінального розслідування та переслідування, ніж цивільні позови. Насправді, коли стикаєшся із зловживанням владою, першою реакцією є застосування заходів впливу примусового характеру до того, хто зловживає владою, як правило, вони спрямовані на тюремне ув'язнення у комбінації із конфіскацією доходів, отриманих корупціонером.

Однак, для досягнення цілей повернення та компенсації приватні або «цивільні» заходи часто є необхідним та корисним доповненням кримінального переслідування. Корупція спричиняє також відчутну шкоду фізичним особам, установам та урядам, які мають право на повернення втрачених активів або отримання компенсації за спричинену їм шкоду. Забезпечуючи постраждалим прямий та ефективний шлях отримання компенсації за спричинену шкоду, цивільні позови можуть також стати корисними у запобіганні майбутнім корупційним діям, позбавляючи корупціонерів їх незаконно отриманих вигод і, таким чином, перешкоджаючи цілі, що лежить в основі більшості кримінальних злочинів. **Публічні правопорушення, цивільні позови** сконцентровані на тому, як держави, що потерпіли від корупції, можуть використовувати дані цивільно-правові засоби правового захисту в якості приватних позивачів для повернення активів.



Stolen Asset Recovery Initiative

The World Bank • UNODC



ISBN 978-1-4648-0370-3

