



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

9 April 2003

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Тридцать шестая сессия
Вена, 30 июня – 11 июля 2003 года

Возможная будущая работа в отношении коммерческого мошенничества Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1–4	2
II. Масштабы коммерческого мошенничества.....	5–11	3
III. Природа коммерческого мошенничества	12–26	6
IV. Коммерческо-правовое измерение коммерческого мошенничества.....	27–63	10
A. Средства правовой защиты	33–41	11
B. Обеспечительные меры или изъятие средств.....	42–44	12
C. Распределение рисков	45–46	13
D. Невинные третьи стороны.....	47–48	13
E. Меры сдерживания и распространение информации	49–50	14
F. Роль специалистов	51–52	14
G. Посредники, являющиеся третьими сторонами.....	53	14
H. Конфиденциальный характер данных.....	54	15
I. Электронная торговля и киберпреступность.....	55–60	15
J. Несостоятельность.....	61–63	16
V. Рекомендации для рассмотрения Комиссией.....	64–70	17
A. Международный коллоквиум	65–67	17
B. Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности	68	18
C. Упор в будущей работе на мошеннических измерениях коммерческой деятельности.....	69–70	18

I. Введение

1. На своей тридцать пятой сессии в 2002 году Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) рассмотрела предложение о том, чтобы Секретариат подготовил исследование с описанием мошеннической финансовой и торговой практики в различных областях торговли и финансов для рассмотрения на одной из будущих сессий Комиссии¹.

2. На данной сессии Комиссии было сообщено о том, что виды мошеннической практики, которые, как правило, носят международный характер, оказывают значительное отрицательное экономическое воздействие на мировую торговлю и негативно влияют на законные механизмы, используемые в мировой торговле. Было отмечено, что число случаев такого мошенничества увеличивается, особенно после того, как появление Интернета открыло дополнительные возможности для лиц, совершающих такие деяния. Было указано, что последствия коммерческого и финансового мошенничества включают следующее: 1) компрометацию законных инструментов торговли и коммерции; 2) злоупотребление международными организациями; 3) потерю доверия к механизмам международных денежных переводов; и 4) рост издержек для международной торговли и коммерции. Было указано, что в борьбе с этими махинациями власти сталкиваются со значительными и серьезными трудностями, обуславливающимися рядом проблем. Было высказано мнение о том, что в деятельности Комиссии сочетаются правительственный подход, использование признанных на международном уровне специальных знаний в сфере международной торговли, а также давние традиции сотрудничества с международными организациями частного сектора и сотрудничества с признанными международными экспертами. Кроме того, было высказано предположение о том, что Комиссия по своему положению удачно подходит также для оценки функционирования институтов торговли и финансов, сотрудничество которых имеет важнейшее значение для достижения успеха, и что многие мошеннические схемы затрагивают вопросы, конкретно рассмотренные в текстах, разработанных Комиссией. Было предложено, чтобы Комиссия обратилась к Секретариату с просьбой подготовить исследование с описанием мошеннической финансовой и торговой практики, а также с описанием того, каким образом риск использования распространенных видов мошенничества затрагивает стоимость договорных и финансовых обязательств².

3. На данной сессии Комиссия отметила, что меры по противодействию обостряющейся проблеме финансового и коммерческого мошенничества вызывают у правительств значительный интерес и что такое мошенничество подрывает доверие к торговым, финансовым и инвестиционным механизмам, а также оказывает дестабилизирующее воздействие на рынки. Было признано, что коммерческие организации развивающихся стран, поскольку они обладают лишь ограниченным опытом использования инструментов международной торговли, являются особенно уязвимыми с этой точки зрения и получили бы пользу от информации и рекомендаций о том, каким образом можно избежать мошенничества по отношению к ним. Было указано, что такая работа Комиссии также помогала бы государствам,

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/57/17), пункты 279–290.*

² Там же, пункты 279–285.

межправительственным и неправительственным организациям в разработке или корректировке законодательного и незаконодательного режимов частного права, которые лучше приспособлены к предупреждению мошеннических схем. После обсуждения Комиссия решила, что было бы полезным подготовить предлагаемое исследование для рассмотрения Комиссией без установления на данной стадии обязательства для Комиссии принять какое-либо решение на основе такого исследования и при том понимании, что эта работа будет проводиться лишь в той мере, в какой она не потребует ресурсов, необходимых для осуществления других проектов, предусмотренных повесткой дня Комиссии³. С учетом этих соображений Секретариат созвал 2–4 декабря 2002 года в Вене, Австрия, в штаб-квартире секретариата Комиссии совещание экспертов для обсуждения этого вопроса и содействия в подготовке настоящей записки для представления Комиссии⁴.

4. Настоящая записка была подготовлена с учетом этих соображений Комиссии. В ней рассматриваются воздействие и распространенность коммерческого мошенничества, содержание и характер коммерческого мошенничества, общие вопросы торгового права, которые затрагиваются коммерческим мошенничеством, и возможные направления действий, которые могут быть предприняты Комиссией.

II. Масштабы коммерческого мошенничества

5. Коммерческое мошенничество представляет собой социальный и политический феномен, который в последние годы вырос в серьезную международную проблему. Точных данных, с помощью которых могут быть определены связанные с ним издержки, не имеется, но оценки экспертов и имеющиеся невероятные свидетельства позволяют предположить, что коммерческое мошенничество наносит серьезный ущерб международной торговле и может повлечь за собой дополнительные издержки.

6. Имеющиеся данные получены главным образом из опубликованных судебных решений как по гражданским, так и по уголовным делам. Полученные данные указывают на то, что прямые потери достигают миллиардов долларов США в год⁵. Трудности в подсчете точных сумм потерь заключаются в следующем:

³ Там же, пункты 287 и 290.

⁴ Секретариат хотел бы отметить работу Института по международному банковскому праву и практике и его Директора проф. Джеймса Э. Бирна по подготовке документов для данного совещания экспертов.

⁵ В связи с одним делом (*Komerčni Banka AS v. Stone and Rolls Ltd.* [Queen's Bench Division (Commercial Court) [2002] EWHC 2263 (Comm), [2002] All ER (D) 239 (Nov)], которое сопряжено с мошенническими действиями, касающимися кредитования и аккредитива и затрагивающими Соединенное Королевство, Чешскую Республику и Австрию, потери оцениваются в размере 400 млн. долл. США. Это дело приведено в качестве примера, но не является изолированным. Например, в связи с делом *Nissho Iwai v. Korea First Bank*, № 147/2002 (NY Ct. App. 2002) [US], затрагивающим Японию, Корею и Соединенные Штаты Америки, потери в размере 75 млн. долл. США были понесены в результате мошеннического побуждения банка к выдаче аккредитива на сумму, большую, чем сумма, которую банк намеревался выдать. В связи с делом *Malaysian International Trading Corp. v. Interamerica Asia Pte. Ltd.* 2002-4 SLR 537, 2002 SLR LEXIS 156 [Singapore] было потеряно 75,1 млн. долл. США в

а) две трудности, связанные с представлением данных, заключаются в том, что потери, как правило, не возникают в течение одного календарного года и что весьма трудно установить категории случаев и провести различие между коммерческим мошенничеством, потребительским мошенничеством и другими видами аналогичных деяний. Тем не менее предпринятые попытки подтверждают вышеприведенную оценку. Если говорить об одном конкретном виде коммерческого мошенничества, то можно сказать, что потери во всем мире от “высокодоходного” мошенничества или мошенничества, затрагивающего “первоклассный банк” (см. ниже, пункт 25), по самым скромным подсчетам, составляют около 1 млрд. долл. США в год⁶. Используя другой показатель, Международная торговая палата Австрии (МТП Австрии) оценивает потери от коммерческого мошенничества только в Австрии как эквивалентные 100 000 рабочих мест в год⁷;

б) другая трудность в оценке потерь, возникающих в результате коммерческого мошенничества, заключается в том, что помимо фактически потерянных сумм имеют место косвенные издержки, например расходы на расследование и уголовное преследование, расходы на возвращение потерянных сумм и издержки, связанные с воздействием таких потерь на рынок труда и предприятия. Такие потери трудно измерить или оценить в отдельных случаях и еще труднее измерить или оценить в качестве средней величины;

с) еще бóльшим препятствием определению масштабов коммерческого мошенничества является вывод осведомленных наблюдателей о том, что число случаев и сумма раскрытых потерь значительно превышают число и сумму нераскрытых потерь⁸. Многие жертвы коммерческого мошенничества неохотно

результате продажи пальмового oleina. В связи с рядом дел о мошенничестве Solo Industries было потеряно 300 млн. долл. США (Andy Holder, “\$300m loss underlines the case for due diligence” Commercial Crime International, February 2000, 1, 6-7), тогда как банки потеряли 600 млн. долл. США в связи с делом о мошенничестве RBG Metals Trading (Documentary Credit World, June 2002, 6-7). Множество аналогичных примеров касаются опубликованных гражданских и уголовных дел. В еще одном обнародованном случае в Европе и Азии недавно были изъяты поддельные “федеральные ценные бумаги” США на сумму 6 триллионов долл. США. Такие ценные бумаги широко продаются и даже находятся в обороте во всем мире, хотя они не были выпущены правительством США и не имеют никакой ценности. Эти примеры были выбраны наугад, с тем чтобы проиллюстрировать серьезный характер данной проблемы.

⁶ James E. Byrne, *The Myth of Prime Bank Investment Scams* (Institute of International Banking Law & Practice, 2002), 297 pp., 12.

⁷ Эта цифра основывается на оценке, согласно которой средняя сумма по одному рабочему месту составляет 100 000 евро и предполагаемые потери достигают 3 млрд. евро в связи с мошенничеством в инвестициях, 1,5 млрд. евро – в связи с мошенничеством в области импорта-экспорта, 1 млрд. евро – в связи с мошенничеством в финансировании проектов, 3 млрд. евро – в связи с внутрикорпоративным мошенничеством, 3 млрд. евро – в связи с коррупцией, 1,5 млрд. евро – в связи со шпионажем и 700 млн. евро – в связи с кражами в магазинах. Эта оценка также иллюстрирует трудности, сопряженные с попытками определить разрозненную совокупность вопросов и какой-либо конкретный вид деятельности в качестве коммерческого мошенничества.

⁸ По оценкам МТП Австрии, раскрывается только от 5 до 10% потерь.

сообщают о потерях из-за смущения, опасения раскрыть неблагоприятную информацию конкурентам и заимоделателям или вывода о том, что возвращение таких потерь является невозможным или что время и усилия, потраченные на получение возмещения, превысят сумму, которая, вероятно, будет возвращена. Другой фактор, определяющий нежелание сообщать о потерях, возможно, обусловливается ограниченными ресурсами системы уголовного правосудия в некоторых государствах, причем до такой степени, что система правосудия может и не быть в состоянии адекватно противостоять коммерческой преступности.

7. Несмотря на отсутствие статистических данных, можно вполне обоснованно утверждать, что коммерческое мошенничество достигло огромных масштабов. Помимо создания возможностей для прогресса появление глобальной экономики, стимулированное использованием компьютеров и телекоммуникационной технологии, открыло многие деструктивные возможности для коммерческого мошенничества. Мошенники находчивы и изобретательны в превращении своих уловок в более гибкие и привлекательные, а также в менее поддающиеся выявлению и преследованию.

8. Кроме того, появились убедительные свидетельства того, что организованные преступные элементы признали коммерческое мошенничество в качестве источника значительных доходов при относительно низких рисках и что они стали проникать в эту область. По этой причине, а также в связи с тем, что коммерческое мошенничество может подрывать экономику стран, оно сопряжено с возможностями для глобального терроризма.

9. Угроза коммерческого мошенничества выходит за рамки прямых и косвенных потерь для отдельных жертв, какими бы серьезными они ни были. Коммерческое мошенничество сопряжено с причинением ущерба деловой репутации и дестабилизацией отраслей, регионов, международной банковской системы, финансовых рынков, инструментов международной торговли, самой международной торговли и даже целых стран. В настоящее время оно уже оказало пагубное воздействие на некоторые небольшие развивающиеся страны и, если ему не противостоять, может угрожать другим странам.

10. Причины, лежащие в основе такого увеличения масштабов коммерческого мошенничества, весьма разнообразны. Они включают достижения в области технологии и глобализацию торговли, в том числе интернационализацию банковского дела и финансов. Международная торговля создает идеальные условия для коммерческого мошенничества, поскольку позволяет мошенникам извлекать преимущества и из слабых мест международных систем, которые предназначены для коммерческих кругов, действующих добросовестно, и из трудностей, сопряженных с ведением гражданских или уголовных дел в трансграничных ситуациях. Кроме того, нынешние банковские и транспортные системы не поспевают за реалиями современной торговли на уровне права и практики и функционируют на основе промежуточных мер вместо фундаментальных реформ. Такие временные меры создают возможности для мошенничества.

11. Хотя было бы полезным развивать статистическую информацию о масштабах коммерческого мошенничества (и такую работу следует поощрять), имеются достаточные свидетельства его распространенности и воздействия, обосновывающие

вывод о том, что коммерческое мошенничество представляет собой международную проблему достаточно серьезного характера, оправдывающего уделение правительствами и коммерческим сообществом пристального внимания природе этой проблемы, а также необходимости и возможности согласованных действий.

III. Природа коммерческого мошенничества

12. Разработка точного определения коммерческого мошенничества не является ни возможной, ни необходимой. Для целей настоящей записки его можно охарактеризовать как коммерческое поведение, которое серьезно отклоняется от принятой совокупности коммерческих правил и означает использование законных коммерческих форм в незаконных целях. Оно может иметь гражданско-правовые, регуляционные или уголовные последствия и может также затрагивать вопросы, которые, скорее, входят в сферу законодательства или правил о защите потребителей.

13. Коммерческое мошенничество необязательно сопряжено с утвердительным поведением и в некоторых ситуациях может иметь место тогда, когда умолчание или бездействие вводит в заблуждение и когда обязательство раскрывать сведения возникает в качестве вопроса права, коммерческого обыкновения или в результате частичного раскрытия или представления информации.

14. Поведение, которое образует коммерческое мошенничество, может быть сходным с такими правовыми понятиями, как небрежность или умышленные деликты, или также преследоваться на основании таких понятий. Хотя небрежное поведение не будет само по себе образовывать коммерческое мошенничество, действия, характеризующиеся грубой неосторожностью или умышленным игнорированием минимальных принятых правил коммерческого поведения, будут почти полностью сходными с коммерческим мошенничеством. В некоторых системах одинаковое поведение, которое будет образовывать коммерческое мошенничество, может влечь за собой иски, предъявляемые на основании таких умышленных деликтных действий, как введение в заблуждение или обман.

15. Существует некоторая неопределенность в отношении того, каким образом следует устанавливать наличие коммерческого мошенничества. Согласно одному подходу, факт коммерческого мошенничества, как утверждается, устанавливается на основании умысла нарушителя на мошенничество. Хотя этот подход служит в качестве действенного разъяснения многих случаев, сопряженных с коммерческим мошенничеством, он менее полезен в “пограничных” ситуациях, когда наличие умысла фактически подразумевается. Другие подходы уравнивают коммерческое мошенничество с отсутствием добросовестности, хотя ценность такого уравнивания может зависеть от смысла и значения, придаваемого понятию добросовестности. Во всех случаях можно сказать, что наличие недобросовестности будет образовывать коммерческое мошенничество, но понятие недобросовестности не является общеизвестным и редко имеет точное определение. Поскольку понятие недобросовестности точно не определено, его использование в качестве определителя коммерческого мошенничества служит разъяснением вывода о наличии коммерческого мошенничества, а не показателем, с помощью которого такое наличие может быть установлено, особенно в “пограничных” ситуациях.

16. Хотя согласованной типологии коммерческого мошенничества нет, существуют общепризнанные признаки коммерческого мошенничества, которые могут быть полезными в его выявлении и в разъяснении вопросов, возникающих при попытке отличить его от других подобных явлений.

17. Для уловок с целью коммерческого мошенничества общими являются извлечение преимуществ из международного характера сделки, а также 1) злоупотребление инструментами международной торговли; 2) использование или опора на международные платежные и банковские системы; и 3) наличие определенного уровня сотрудничества между несколькими разными людьми, которые, как представляется, действуют самостоятельно.

18. Наибольшая трудность для коммерческого права заключается в отграничении коммерческого мошенничества от нарушения договора или обязательства⁹. Такое нарушение, хотя оно и может повлечь за собой предъявление иска и возмещение ущерба, не будет считаться образующим коммерческое мошенничество. В этом смысле степень отхода от принятых коммерческих правил приобретает особое значение. В случае коммерческого мошенничества должен иметь место явный отход от принятых коммерческих правил.

19. Например, признано, что в ходе коммерческой деятельности будут возникать ситуации, когда какая-либо сторона нарушила договорное обязательство, что само по себе может пониматься как отход от принятых коммерческих правил. Вопрос о том, является ли это нарушение мошенническим, зависит от его степени. Если нарушение было совершено неумышленно, то, как правило, коммерческое мошенничество не имеет места. Однако если такое действие было совершено умышленно, то менее ясно, имеет ли место коммерческое мошенничество. Если, например, допущено отклонение в отношении качества товаров, то, по всей вероятности, совершено нарушение договора, но не коммерческое мошенничество, причем даже тогда, когда такое отклонение явилось умышленным действием со стороны продавца. Если имеет место умышленный отказ поставить товар в надежде получить лучшую цену от другого покупателя, то неясно, совершено ли коммерческое мошенничество. Такое поведение представляет собой нарушение договора и позволяет его расторгнуть в большинстве случаев, но оно, как правило, не будет считаться коммерческим мошенничеством в отсутствие каких-либо иных обстоятельств. Аналогичным образом, отказ покупателя исполнить обязательство, для того чтобы воспользоваться лучшей ценой, не будет приемлемым коммерческим поведением и повлечет за собой возмещение убытков, но, как правило, не будет считаться коммерческим мошенничеством. С учетом этого мера или степень отхода от принятых коммерческих правил является хотя и неточным, но практическим показателем наличия коммерческого мошенничества.

⁹ Действия в нарушение договора или обязательства могут также содержать элементы мошенничества, однако договорное право или Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров предусматривает надлежащие средства правовой защиты в случае нарушения договора. Вид коммерческого мошенничества, который рассматривается в настоящей записке, представляет собой деятельность, сопряженную с серьезным отклонением от коммерческих правил.

20. С другой стороны, если продавец отгружает товары, не имеющие коммерческой стоимости вообще, или если покупатель получает товары и без какого-либо коммерческого основания уклоняется от платежа, то, по всей вероятности, имеет место коммерческое мошенничество. Дополнительные факторы могут превратить не мошенническое нарушение договора в коммерческое мошенничество. Например, если имеет место существенное введение в заблуждение относительно качества товаров и такое введение в заблуждение скрывает серьезный недостаток в товарах, который приведет к их использованию в нарушение правил в области здравоохранения или безопасности, то коммерческое мошенничество может иметь место.

21. Кроме того, коммерческое мошенничество в общем смысле может иметь место даже тогда, когда нарушения договора его сторонами не существует. Например, если совершены купля и продажа в иных отношениях законного товара, который контролируется преступными элементами, и этот товар получен без уплаты местных налогов, то договоры покупателей и продавцов могут быть правомерными и не иметь какого-либо признака коммерческого мошенничества, но вся цепочка сделок сама по себе должна вызывать у коммерческого сообщества озабоченность как пример коммерческого мошенничества, поскольку она угрожает способности законных производителей, которые платят налоги, функционировать в условиях конкурентного равенства. В том смысле, что может и не существовать какого-либо гражданско-правового средства защиты, отмывание товаров, тем не менее, вызывает такую же озабоченность, что и отмывание денежных средств, полученных в нарушение закона.

22. Коммерческие сделки часто заключаются путем использования документов, представляющих перевозку, хранение, осмотр и другие аспекты, связанные с поставкой или производством товаров. Поддельный документ, как правило, считается содержащим поддельную подпись или измененным ненадлежащим образом, тогда как мошеннический документ является полностью сфальсифицированным. Эти термины зачастую используются взаимозаменяемо. Поддельные или сфальсифицированные документы будут влечь за собой коммерческое мошенничество иногда даже в таких ситуациях, когда сами товары отвечают требованиям договора между покупателем и продавцом. Например, когда финансирование или платеж основывается на поддельных документах, удостоверяющих правовой титул, фактическое соответствие товаров не имеет значения. Кроме того, когда стороны полагаются на представления документарного характера, поддельные или сфальсифицированные документы представляют собой коммерческое мошенничество независимо от того, виновно ли предлагающее их лицо и знало ли оно об их сфальсифицированном характере.

23. Когда финансовые инструменты, представляющие собой обязательства, используются для коммерческой сделки, мошенническое побуждение к их выдаче или использование с коммерчески ненадлежащей целью также представляют собой коммерческое мошенничество, как и их подделка, сфальсифицированное составление или изменение.

24. Другие примеры коммерческого мошенничества включают:

а) злоупотребление в связи с какой-либо коммерческой сделкой ценными бумагами, в том числе правительственными ценными бумагами, которые были мошенническим путем получены, подделаны или сфальсифицированы, также представляет собой коммерческое мошенничество;

б) ненадлежащее использование или злоупотребление перевозкой или хранением товаров, в том числе соответствующими документами, также представляет собой коммерческое мошенничество. Такое мошенничество может совершаться посредством отгрузки несуществующих или имеющих серьезные дефекты товаров, которые неправильно указаны в транспортном документе или складской расписке в результате подделки, сфальсифицированного составления или изменения документов или же путем продажи одного и того же груза (существующего или несуществующего), представленного этими документами, более чем одному покупателю;

с) сфальсифицированные или мошеннические требования в отношении страховых полисов являются еще одним примером коммерческого мошенничества;

д) злоупотребление финансовыми системами для получения финансирования, когда активы отсутствуют или когда активы переданы в залог более чем одному кредитору без раскрытия информации об этом, является коммерческим мошенничеством;

е) злоупотребление несостоятельностью для сокрытия или передачи активов заблаговременно или для введения в заблуждение кредиторов является коммерческим мошенничеством.

Любой из этих видов коммерческого мошенничества может сочетаться с другими видами коммерческого мошенничества и иметь место на любой стадии сделки – от начала переговоров о ее заключении до исполнения сделки или платежа.

25. В дополнение к таким действиям, которые своими корнями уходят в законные сделки, даже если они используются ненадлежащим образом или искажены, существуют виды сделок, которые отражают мир законной торговли, но не имеют коммерческого измерения. Хотя такие сделки разнятся с точки зрения характера инвестиций или сделки, они обещают непропорциональные поступления от свободных от риска инвестиций, основывающиеся на прибыли, предположительно полученной от торговли на тайных рынках. Такие схемы, известные как “высокодоходные” схемы или схемы инвестиций с помощью “первоклассного банка”, предполагают использование инструментов или институтов международного предпринимательства и банковского дела, для того чтобы убедить жертву произвести инвестиции и иногда побудить инвесторов к привлечению других инвесторов, и зачастую – возвращение вложенных средств, как если бы они являлись обещанными поступлениями от инвестиций.

26. Другой вид мошеннической схемы без каких-либо законных оснований состоит в получении от жертвы помощи и авансовых платежей или же информации о банковском счете для содействия в переводе незаконных средств из данной страны за определенный процент. Хотя жертвой такой схемы обычно является потребитель, ее жертвами также стали многие предприятия. Последствия такого мошенничества и его тесная идентификация с определенными странами затрудняют проведение

законными предприятиями и гражданами этих стран правомерной деловой деятельности вследствие возникающих подозрений.

IV. Коммерческо-правовое измерение коммерческого мошенничества

27. Повсеместно коммерческое мошенничество подлежит наказанию согласно уголовному праву. В действительности имеет место все более широкая криминализация неправомерного поведения, которая увеличила дублирование между гражданско-правовыми и уголовными системами. В результате широко распространившееся предположение о том, что коммерческое мошенничество является исключительно вопросом уголовного права, игнорирует или упускает из виду коммерческие элементы и последствия коммерческого мошенничества. Вместе с тем в реальности коммерческое мошенничество является такой же проблемой для торговли и коммерческого права, как и для уголовного права.

28. Во многих случаях трудно провести разграничительную линию между уголовным и коммерческим правом в аспекте коммерческого мошенничества. Одно и то же коммерчески мошенническое поведение может быть одновременно предметом гражданско-правовых исков и уголовных санкций. Кроме того, может существовать регуляционное измерение коммерческого мошенничества, которое добавляет третий возможный источник действий. В результате меры в ответ на коммерческое мошенничество могут быть административными, гражданско-правовыми или уголовными или же возможно их любое сочетание. Кроме того, коммерческое мошенничество весьма часто затрагивает коммерческую сферу без какой-либо регуляционной или уголовной причастности.

29. Какой бы ни была форма или источник правовых действий, коммерческое мошенничество оказывает прямое и непосредственное воздействие на коммерческие предприятия и торговлю. Коммерческое измерение коммерческого мошенничества включает его воздействие на жертв, функционирующие законно предприятия, работников и их семьи, кредиторов и окружающий географический район, на который окажет воздействие потеря или закрытие предприятий.

30. Все эти аспекты коммерческого мошенничества имеют последствия для коммерческого права. В частности, коммерческое право может предоставлять через посредство гражданско-правовых исков некоторые средства возмещения тем предприятиям, которые стали жертвами коммерческого мошенничества. Гражданско-правовые иски имеют некоторое преимущество по сравнению с уголовными санкциями при определенных обстоятельствах, включая иной и обычно более низкий стандарт доказывания, более оперативное возвращение активов и большую гибкость при выборе вариантов.

31. Коммерческое право может также быть эффективным инструментом предупреждения сложных и быстро протекающих во времени случаев коммерческого мошенничества и борьбы с ним. Поскольку коммерческая деятельность является объектом и целью коммерческого мошенничества, коммерческое сообщество находится в идеальном положении с точки зрения работы по предупреждению коммерческого мошенничества, распространению информации о нем, его пресечению и расследованию.

32. Хотя сотрудничество с правоохранительными и регулирующими органами в области уголовного права следует поощрять, коммерческое сообщество и коммерческое право могут играть важную самостоятельную роль в предупреждении коммерческого мошенничества и борьбе с ним.

A. Средства правовой защиты

33. Существует определенная конвергенция уголовных и гражданско-правовых систем в отношении доходов от коммерческого мошенничества, выражающаяся в том, что в обеих системах права возникает вопрос о компенсации жертвам коммерческого мошенничества. Именно при подсчете и определении таких сумм часто возникают трудности и разногласия. В действительности коммерческое мошенничество зачастую имеет своей целью перемещение средств через границы, с тем чтобы воспользоваться трудностями, несогласованностью и расхождениями между различными странами и системами. В этом отношении лица, совершающие коммерческое мошенничество, часто обеспечивают такой уровень организации и сотрудничества, каким не располагают те, кто борется с этим явлением.

34. Одно из различий между гражданско-правовыми и уголовными средствами защиты в связи с коммерческим мошенничеством касается применяемой санкции. В случае гражданско-правового иска выносится решение о денежном возмещении ущерба или конкретном исполнении, тогда как характерной основной чертой уголовного средства защиты является наказание в виде штрафа, лишения свободы или и того, и другого. В случае регулятивного действия меры наказания зависят от применимого права и могут включать элементы взыскания убытков в уголовном и гражданско-правовом порядке.

35. Важным принципом, лежащим в основе взыскания убытков в гражданско-правовом порядке в случае коммерческого мошенничества, должно быть обеспечение возмещения потерпевшей стороне. Это может быть достигнуто либо путем предоставления потерпевшей стороне возможности воспользоваться преимуществами сделки в надлежащих случаях, либо путем возмещения ей утраченных средств и издержек и разрешения расторгнуть договор.

36. В связи с гражданскими делами о коммерческом мошенничестве суды склонны толковать требования в отношении ответственности за возмещение убытков более широко и не настаивать на элементах теории убытков, которая была бы в иных отношениях применимой при предъявлении иска за обычное нарушение договора, например требования о предсказуемости убытков. В результате этого они могут назначать компенсацию третьим сторонам, которые могут понести ущерб от коммерческого мошенничества.

37. В некоторых правовых системах в случае коммерческого мошенничества могут быть надлежащим образом назначены штрафные убытки или убытки, присуждаемые в порядке наказания. Хотя в некоторых системах считается, что такие убытки могут быть правомерно назначены к возмещению только государству, в других системах признается, что они могут быть назначены к возмещению потерпевшим, хотя в каждой системе, в которой такое решение допускается, оно выносится весьма редко в случае истинно коммерческой деятельности.

38. Однако во многих ситуациях, сопряженных с коммерческим мошенничеством, имеется недостаточно средств для удовлетворения коллидирующих гражданских исков от частных сторон. В таких ситуациях необходимо распределить поступления между заявителями требований. Процесс распределения средств зачастую осложняется международным характером коммерческого мошенничества и существенно обуславливается местом нахождения таких средств. Он также обуславливается практикой некоторых мошенников, производящих платежи некоторым потерпевшим за счет средств, взятых у других, вынуждая последних “инвесторов” терпеть убытки.

39. В случае проведения в разных правовых системах параллельного производства, затрагивающего разных потерпевших и разные правительственные органы, возникает значительная вероятность путаницы, дублирования и дополнительных потерь. Можно получить существенные преимущества от налаживания связей между различными субъектами, заинтересованными в получении возмещения в каком-либо конкретном случае, и даже большие преимущества от систематического содействия такому сотрудничеству и связям в пределах одной правовой системы и в трансграничных ситуациях.

40. Относительная приоритетность уголовных и гражданско-правовых мер также ставит важные вопросы. Можно получить преимущества от оперативности в предъявлении гражданско-правового иска с точки зрения изъятия средств до их сокрытия или распыления. Если начинается гражданское производство и за ним следуют уголовные или регулятивные меры, то необходимо обеспечить координацию между ними. Такая координация может быть иной в тех правовых системах, в которых гражданский иск уступает уголовной мере.

41. Поскольку коммерческое мошенничество призвано отчасти использовать несоответствия между различными системами и юрисдикциями, координация действий тех, кто борется с коммерческим мошенничеством, должна быть обеспечена, а полезным усилиям неправительственных организаций следует содействовать в целях срыва планов мошенников.

В. Обеспечительные меры или изъятие средств

42. Одним из наиболее важных инструментов борьбы с коммерческим мошенничеством является способность добиться принятия обеспечительных мер в форме замораживания или изъятия средств. Хотя нормы, касающиеся этих мер, различаются, в большинстве правовых систем имеется механизм, с помощью которого суд может каким-либо образом вмешаться для сохранения статус-кво или установления требования о том, чтобы средства не перемещались и не распылялись. Арбитражные суды также во все большей степени используют аналогичные полномочия, предоставляемые режимами, которые регулируют арбитражное разбирательство¹⁰. Такие средства правовой защиты могут иметь существенное

¹⁰ Рабочая группа II (Арбитраж) в настоящее время рассматривает вопрос об обеспечительных мерах. Пересмотренные проекты текста статьи 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже были рассмотрены на тридцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/523).

значение в трансграничных ситуациях, и должна быть обеспечена самая широкая, по возможности, степень их применения.

43. Вместе с тем такие инструменты могут также использоваться в качестве способа получения неправомерного преимущества или даже совершения коммерческого мошенничества. Вследствие этого необходимо проявлять осмотрительность и определять, соответствуют ли такие обеспечительные меры распределению рисков между сторонами и относительным правам различных сторон, особенно тогда, когда такие меры испрашиваются на основе *ex parte*, то есть без предварительного заслушивания стороны, против которой направлена такая мера.

44. По этим же причинам целесообразно, чтобы стороны арбитражного разбирательства могли добиваться от арбитражного суда распоряжений о принятии обеспечительных мер, иметь доступ к судам в целях принятия по распоряжению суда обеспечительных мер и для принудительного исполнения таких решений.

С. Распределение рисков

45. Стороны, как правило, распределяют риски коммерческого мошенничества прямо или же такое распределение подразумевается в их соглашениях, торговом законодательстве или правилах обычной практики. Если такое распределение существует, то риски должны быть там, где их можно контролировать. Аналогичным образом, положения, касающиеся отказа от требований или возмещения ущерба, выполняют сходные функции, и их исполнение обеспечивается при условии отсутствия необычных обстоятельств в отношениях между сторонами.

46. Страхование также представляет собой важный способ распределения рисков коммерческого мошенничества, но может само по себе являться источником или объектом коммерческого мошенничества.

Д. Невинные третьи стороны

47. Весьма часто ущерб от коммерческого мошенничества терпят третьи стороны. В таких ситуациях необходимо определить их относительные права и правомочия. Международное коммерческое право уже давно признало, что невинным третьим сторонам, которые действовали добросовестно и в соответствии с обычной деловой практикой или не знали о факте коммерческого мошенничества, должен быть предоставлен приоритет в отношении приобретенного ими имущества. В целом это правило является жизненно важным для защиты неприкосновенности рынков и систем.

48. Тем не менее полный охват и сфера доктрины невинного приобретения вместе с исключениями из нее могут потребовать проведения международным сообществом дополнительного исследования в целях разработки основополагающих принципов этой доктрины.

Е. Меры сдерживания и распространение информации

49. Одним из наиболее мощных инструментов, позволяющих избегать коммерческого мошенничества и пресекать его, являются существующие системы, обеспечивающие транспарентность и отчетность и дающие возможность в случае возникновения потерь направлять различные ресурсы потерпевшего на стабилизацию положения и возмещение потерь. Коммерческое сообщество следует поощрять к созданию таких систем, которые уменьшают риски коммерческого мошенничества, и к разработке планов на непредвиденные случаи для решения проблем коммерческого мошенничества по мере их возникновения.

50. Кроме того, весьма важным для борьбы с коммерческим мошенничеством является распространение информации о нем. В частности, было бы очень ценным определение схем коммерческого мошенничества и установление потенциальных объектов для структурирования программ по предупреждению и подготовке потенциальных потерпевших. Такие программы должны поощряться и осуществляться не только на местном и национальном уровнях, но и на международном уровне.

Ф. Роль специалистов

51. Такие специалисты, как адвокаты, бухгалтеры и финансовые консультанты, играют важную роль в современной торговле. В отношении выявления коммерческого мошенничества их роль как специалистов приобретает чрезвычайную важность. Когда они проявляют бдительность, они часто способны обнаружить признаки мошеннических схем (например, несоответствия или отклонения, которые не присущи законным сделкам) до того, как пострадают невинные стороны.

52. Вместе с тем одной из характерных черт многих случаев коммерческого мошенничества является прямая или косвенная причастность к ним специалистов, которые обеспечивали профессиональную сторону мошеннической схемы. Если специалисты участвуют в действиях, способствующих реализации мошеннических схем, то весьма важно, чтобы вмешались представители самой профессии или регулирующих органов, с тем чтобы защитить достоинство данной профессии или чтобы были установлены надлежащие стандарты ответственности для специалистов, если они делают заявления в отношении компании, участвующей в мошенничестве, и на эти заявления полагаются третьи стороны, ставшие жертвами такого мошенничества.

Г. Посредники, являющиеся третьими сторонами

53. Во многих случаях коммерческое мошенничество зависит от непреднамеренной поддержки и помощи со стороны посредников (например, банков, перевозчиков, экспедиторов и т. п.), роль которых в коммерческих сделках неизбежно и надлежащим образом ограничивается. Хотя во многих случаях расширение обязательств таких посредников наносило бы ущерб международной торговле, было бы полезным определить некоторые основные принципы коммерческого поведения, которые должны соблюдаться и обеспечиваться. Одно из таких правил заключается в том, что ни один документ не должен выдаваться без

понимания его коммерческого значения. Освящение своим именем заявления, которое не имеет коммерческого смысла, означает приглашение к злоупотреблению им. Таким же образом, ни одно коммерческое предприятие не должно делать заявление, которое, как хорошо известно, является ложным. Такие правила не только образуют основы предпринимательской морали и этики, но и весьма важны с точки зрения недопущения передачи в руки мошенников материалов, которые будут использоваться в ущерб другим и могут способствовать тому, что предавшее их лицо в конечном счете будет сожалеть об этом.

Н. Конфиденциальный характер данных

54. Существуют многочисленные коллидирующие виды практики, касающиеся конфиденциальности данных. Однако в отношении дискуссий по этим вопросам следует отметить, что любое уважение конфиденциального характера коммерческих данных, которые последовательно используются мошенниками для сокрытия или увода в тень доходов от коммерческого мошенничества, требует тщательного изучения.

И. Электронная торговля и киберпреступность

55. Появление электронной торговли предоставило более широкие возможности не только для законной предпринимательской деятельности, но и для коммерческого мошенничества. Хотя многие средства, с помощью которых электронная торговля используется мошенническим образом, ориентированы на потребителя, они также используются и таким путем, который способствует коммерческому мошенничеству. Один из источников трудностей обуславливается тем, что лица могут найти друг друга и общаться друг с другом через посредство электронной торговли на расстоянии, не зная другую сторону. В прошлом такие сделки обычно совершались благодаря членству в какой-либо закрытой системе, в которой существовала определенная гарантия подлинности партнера и его законности.

56. ЮНСИТРАЛ проделала значительную работу в области электронной торговли, однако многие системы, с помощью которых партнеры могут быть проверены, выходят за пределы статутов и законодательства. Требуемая степень проверки является вопросом частной оценки риска. С другой стороны, важно, чтобы закон разрешал создание коммерческих систем проверки подлинности сообщений данных и проверки других аспектов сделки с учетом необходимости защиты права на неприкосновенность частной жизни.

57. Интернет, в частности, позволяет использовать названия предприятий или сходные названия таким образом, что это может вводить в заблуждение, и эта сеть позволяет широкое обнародование и распространение сообщений, предназначенных для совершения мошенничества. Поставщики услуг в Интернете должны играть, по возможности, значительную роль в решении проблемы вредного содержания веб-сайтов, включая, при определенных обстоятельствах, содействие направлению жалоб надлежащим государственным органам и устранение веб-сайтов, способствующих коммерческому мошенничеству. Возможно, было бы целесообразным изучение этого вопроса и в любом случае содействие соответствующим добровольным усилиям поставщиков услуг в Интернете и участников электронной торговли. Вместе с тем на

данной стадии, возможно, было бы предпочтительным, чтобы любые усилия были добровольными и чтобы такие усилия встречали содействие.

58. Есть определенная связь между коммерческим мошенничеством и киберпреступностью. Киберпреступность состоит из трех общих областей преступности: 1) правонарушения, целью совершения которых является компьютер или компьютерная система (например, хакерство или проникновение); 2) правонарушения, при совершении которых компьютеры являются средством совершения преступных деяний (например, использование компьютера для направления по электронной почте мошеннических предложений); и 3) правонарушения, при совершении которых компьютеры используются сопутствующим образом для совершения уголовного преступления (например, случай, когда мошенники хранят свидетельства мошенничества в памяти компьютера).

59. Хотя Интернет и компьютерная технология привели к увеличению числа традиционных преступлений (например, хищение идентификационных данных, хищение интеллектуальной собственности, нарушение авторского права, мошенничество с кредитными картами, несанкционированное изготовление и продажа программного обеспечения, преследование в преступных целях, вымогательство и другие правонарушения), они также усилили опасность для предприятий и правительств в результате нападений на важнейшие инфраструктуры (такие, как коммунальная сфера, энергетика, транспорт и коммуникации).

60. Эти проблемы связаны с вопросами киберпреступности, которая вследствие развития технологии и коммуникаций представляет собой серьезную угрозу международной торговле. Конвенция Совета Европы о киберпреступности 2001 года¹¹, которая разрабатывалась при активном сотрудничестве со стороны государств, не являющихся членами Совета, касается такой преступности и заслуживает рассмотрения.

Ж. Несостоятельность

61. Несостоятельность может использоваться как для сокрытия доходов от коммерческого мошенничества, так и для его совершения. В первом случае мошенник объявляет себя несостоятельным в одной стране, но сокрытие доходов от коммерческого мошенничества имеет место в различных других странах или же такие доходы мошенническим путем передаются другим лицам, связанным с мошенником. Как правило, такие активы трудно найти и вернуть. Следует также признать, что трансграничное перемещение доходов от преступлений также происходит без формального объявления о несостоятельности, однако результат является идентичным, поскольку лицо, имеющее право на такие доходы, мошенническим путем лишается своего права на возмещение. В последнем случае активы компании, которой предстоит объявить себя несостоятельной, скрываются или перемещаются – часто в другие страны – до подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности и под видом платежей, производимых в ходе обычной предпринимательской деятельности для обмана кредиторов.

¹¹ Council of Europe, Convention on Cybercrime, ETS 185, 23 November 2001, published electronically at <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>.

62. Если доходы от коммерческого мошенничества обманным путем переводятся или скрываются, то можно воспользоваться различными гражданско-правовыми и уголовными средствами, с помощью которых их можно отследить и возвратить. Могут быть получены относительные преимущества с точки зрения времени и гибкости при применении обоих подходов, причем различные подходы, которые могут быть применены, в разных странах отличаются друг от друга, а иногда противоречат или препятствуют один другому. Не существует ни каталога таких средств правовой защиты, ни их унификации, что обуславливает особую привлекательность такого подхода для мошенников.

63. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности затрагивает некоторые из этих вопросов и предусматривает механизм учета определенных методов сокрытия активов в других странах, уполномочивая управляющего в деле о несостоятельности или судью в одной стране запрашивать содействие у суда или управляющего в деле о несостоятельности в другой стране в целях получения информации или судебной помощи временного характера. Либо созданы, либо создаются дополнительные механизмы, с помощью которых правоохранительные органы могут отслеживать и истребовать доходы от преступлений, в том числе от коммерческого мошенничества. Следует поощрять создание и использование таких механизмов.

V. Рекомендации для рассмотрения Комиссией

64. При рассмотрении вопроса о том, каким образом решить проблемы коммерческого мошенничества, Комиссия, возможно, пожелает принять во внимание нижеследующие шаги.

A. Международный коллоквиум

65. Увеличение масштабов и воздействие коммерческого мошенничества позволяют предположить, что правительствам и международному коммерческому сообществу следует уделять больше внимания этой проблеме, равно как необходимо наладить сотрудничество между теми, кто стремится ее выявлять и бороться с ней. В настоящее время ни одна организация не может сочетать государственные и частные интересы таким образом, чтобы это способствовало такому сотрудничеству в международном масштабе. С учетом опыта, репутации и методов работы ЮНСИТРАЛ, которые включают тесное сотрудничество между правительствами и неправительственными организациями, Комиссия может играть такую роль. Кроме того, частью ее мандата является координация таких усилий в области международного права и торговли¹².

66. Средством, с помощью которого возможно налаживание такого сотрудничества, может стать проведение международного коллоквиума для рассмотрения различных аспектов проблемы коммерческого мошенничества и обмена мнениями между различными заинтересованными сторонами. Для участия могут быть приглашены представители правительств, межправительственных организаций, а также другие, кто ведет борьбу с коммерческим мошенничеством. Комиссия могла бы пригласить участвовать в организации коллоквиума иные

¹² Резолюция 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи.

заинтересованные органы Организации Объединенных Наций и другие организации. Шаг такого рода может быть предпринят таким образом, чтобы обеспечить стимул к проведению аналогичных встреч при содействии со стороны ЮНСИТРАЛ, но без использования ее ресурсов. В результате этого можно было бы содействовать сотрудничеству между соответствующими организациями при относительно скромных затратах времени и ресурсов. Кроме того, такая встреча сама по себе могла бы привести к новым шагам и представлению предложений ЮНСИТРАЛ или другим органам.

67. Такой коллоквиум может также обеспечить возможность для обмена мнениями между представителями уголовно-правового и регулирующего секторов, которые ведут борьбу с коммерческим мошенничеством, и выявления тех вопросов, которые могут быть решены или согласованы.

В. Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности

68. С учетом тесной взаимосвязи между гражданско-правовым и уголовным преследованием коммерческого мошенничества Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и Протоколы к ней¹³. Деяния, запрещенные в соответствии с настоящей Конвенцией, и инструменты, установленные ею для ведения борьбы против транснациональной организованной преступности, как правило, будут охватывать и коммерческое мошенничество, при условии что по внутригосударственному уголовному праву оно является наказуемым “лишением свободы на максимальный срок не менее четырех лет или более строгой мерой наказания”, как это предусмотрено в статье 2 b) Конвенции, содержащей определение “серьезного преступления”. После рассмотрения этого вопроса и на основе соответствующей рекомендации Комиссия, обратив внимание правительств на преимущества Конвенции с точки зрения решения проблемы коммерческого мошенничества, могла бы также обратить внимание правительств на связь между уголовным законодательством и Конвенцией, с тем чтобы призвать их к включению коммерческого мошенничества в сферу применения Конвенции. Если коммерческое мошенничество войдет в структуру определений Конвенции, то у правоохранительных органов появятся многочисленные международные инструменты, которые будут в значительной мере использоваться в отношении трансграничного коммерческого мошенничества.

С. Упор в будущей работе на мошеннических измерениях коммерческой деятельности

69. Некоторые тексты ЮНСИТРАЛ затрагивают, среди прочего, проблемы коммерческого мошенничества, например Конвенция Организации Объединенных

¹³ Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокол против незаконного изготовления и оборота огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему, Нью-Йорк, 15 ноября 2001 года.

Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке требований в международной торговле, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг. Эти вопросы были затронуты в силу того, что они имеют прямое отношение к рассматриваемым темам. Комиссия, возможно, пожелает более глубоко изучить данные тексты с точки зрения их полезности в борьбе с коммерческим мошенничеством.

70. Кроме того, эти соображения могут позволить Комиссии более тщательно рассмотреть в ходе своей будущей работы возможность совершения коммерческого мошенничества в тех областях, в которых она разрабатывает тексты, и предусмотреть в этих текстах надлежащие меры по решению данной проблемы.