
Павел ФЕДОРОВ

Обширная практика применения Закона № 115-ФЗ¹ свидетельствует о размытом понимании банками спорных операций. Динамика судебных разбирательств позволяет сделать вывод, что в последнее время суды с большим желанием занимают сторону предпринимателей (юридических лиц и ИП). Какие ошибки, приводящие к формированию отрицательной практики, банки допускают чаще всего? Какие действия позволят такие ошибки устранить или нивелировать негативные последствия?

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ



Павел ФЕДОРОВ,
компания «ЮстПро»,
управляющий
партнер

1. У банка отсутствует обоснованная стратегия поведения

Использование категорий сомнительности, подозрительности и необычности свидетельствует о размытом понимании банками спорных операций. Неоднозначность определений данных терминов (например, определение подозрительности через необычность) приводит к затруднениям в обнаружении признаков и тем более их подтверждении, что заставляет банки «суммировать» эти показатели.

Такое поведение является причиной предъявления клиентам требований о представлении большого объема документов, которые смогут обосновать хоть какой-нибудь признак необычности сделки. В конечном итоге защита банком своих интересов осуществляется не в соответствии с определенной позицией касательно необычности операции, а в попытке обосновать общую сомнительность.

Отсутствие проработанной стратегии поведения приводит к невозможности банков доказать, что операции были запутанными, неочевидными, не имели реальной цели, а наоборот, преследовали цели легализации денежных средств, полученных преступным путем, финансирования терроризма и иные противоправные цели².

¹ Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.12.2017 по делу № А40-20955/2017.

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ

Выходом из сложившейся ситуации будет внедрение банками системного подхода к оценке операций, направленного в сторону большей определенности параметров необычности, то есть выработка обоснованной стратегии поведения. Такая стратегия прослеживается в судебных актах по делу № А40-119042/18. Банк проявил системный подход, проведя объемный анализ деятельности клиента и его контрагентов. Работа банка началась с того, что при открытии счета в карточке клиента-предпринимателя на основании предоставленной им информации был установлен высокий уровень риска, при котором операциям клиента необходимо уделять повышенное внимание. Впоследствии были указаны дополнительные коды уровня риска.

После того как были установлены увеличение оборотов в 43 раза, изменение характера операций в сторону обладающих признаками транзитных, появление наличных операций по счету (клиент при открытии счета указал, что они не планируются, но за все время было осуществлено снятие наличных денежных средств на сумму 24,6 млн руб.), банк провел углубленный анализ деятельности клиента.

Оценка источников поступления денежных средств, то есть контрагентов, показала несовпадение видов деятельности: клиент занимался торговлей драгметаллами, контрагенты — строительством и торговлей мебелью. При этом у контрагентов отсутствовал необходимый для торговли драгметаллами учет, что свидетельствовало об уклонении организации от процедур государственного контроля. В отношении одного из контрагентов была получена информация о включении в список в соответствии с Положением № 550-П¹. В дополнение к этому банк установил, что руководителем двух контрагентов является одно и то же лицо. В конечном итоге банк пришел к выводу о наличии у контрагентов репутационных рисков различных уровней.

В данном случае лишь допущенные банком незначительные ошибки привели к отрицательному для него результату, в целом же банк продемонстрировал пример системного подхода к оценке операций.

Необходимо внедрение системного подхода к оценке операций, направленного в сторону большей определенности параметров необычности, то есть выработка обоснованной стратегии поведения.

2. Банк не уделяет должного внимания обоснованию отсутствия реального экономического смысла операции

Одним из ключевых доводов банков является фиктивность экономической деятельности, то есть сопровождаемая банковской опера-

¹ Положение Банка России от 20.07.2016 № 550-П «О порядке доведения до сведения кредитных организаций и некредитных финансовых организаций информации о случаях отказа в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, отказа от заключения договора банковского счета (вклада) и (или) расторжения договора банковского счета (вклада) с клиентом».

Павел ФЕДОРОВ

цией сделка не имеет очевидного экономического смысла. Подтвердить данный довод практически невозможно, поскольку на право формальной оценки банками операций предприниматели отвечают формальным соответствием деятельности закону.

Соответствующим образом распределяется бремя доказывания: банк должен подтвердить отсутствие реальной цели, а предприниматели — сопровождение банковской операцией реальной сделки. Встречающийся подход, согласно которому банкам достаточно обосновать право формального применения способов реагирования, постепенно утрачивает свое значение. Суды акцентируют внимание на необходимости соблюдения требований процессуального законодательства в части подтверждения доводов.

Сотрудники банка должны в первую очередь выявить очевидные признаки необычности банковской операции, затем соотнести их с деятельностью клиента. В результате такого анализа будут установлены обстоятельства, не характерные для данного рода деятельности и не соответствующие клиенту, что станет подтверждением отсутствия экономического смысла операции. Только после выявления таких обстоятельств можно делать предположения о возможности их доказывания в суде и степени их влияния на необычность операций.

Часто банки принимают поспешные решения, что лишает их возможности обосновать отсутствие у операций клиента реальной экономической цели. Так, при рассмотрении одного из дел суд установил, что после получения от клиента запрошенных документов банк отказал в проведении операции, потребовав представить дополнительные документы не позднее полутора часов с момента их запроса. Поскольку банк, изначально не установив очевидных признаков сомнительности, принял безосновательное решение о мерах реагирования, он был вынужден пойти на создание условий, которые клиент заведомо не может выполнить. Не найдя каких-либо доводов в обоснование поведения банка, суд посчитал такое поведение недобросовестным¹.

3. Банк подменяет собой контролирующие органы

Поскольку банки не имеют стратегии поведения, это приводит к требованию значительного объема документов, относящихся не только непосредственно к банковской операции, но и к хозяйственной деятельности предпринимателя в целом. Если предприниматель

Подтвердить отсутствие у сделки очевидного экономического смысла практически невозможно, поскольку на право формальной оценки банками операций предприниматели отвечают формальным соответствием деятельности закону.

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.03.2018 по делу № А40-182847/2016.

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ

не представляет какой-нибудь документ, то банки строят на этом свою позицию в суде¹.

Такой подход приводит к ответной реакции в виде скептического восприятия судами примененных санкций. В судебной практике сформировался подход, согласно которому оценка соответствия деятельности проверяемого субъекта законодательству не входит в компетенцию банков. Например, такой подход отражен в Постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 07.09.2017 по делу № А62-7337/2016.

При рассмотрении указанного дела банк запросил большой пакет документов:

- прайс-лист с указанием цен;
- документы, подтверждающие наличие оборудования;
- внутренние документы учета, отражающие поступление и отгрузку товара;
- письменные пояснения о количестве точек приема товара;
- документы, подтверждающие оплату за аренду;
- последние расчетно-платежные ведомости по оплате заработной платы за два месяца;
- сведения о наличии лицензий;
- договоры на аренду площадок для хранения и переработки товара;
- оборотно-сальдовые ведомости по счетам 01, 50, 51, 52, 60, 62, 70, 71, 90, 91, 97, 98 за квартал;
- оборотно-сальдовый баланс за год;
- выписки из других кредитных организаций за четыре месяца;
- договоры по хозяйственной деятельности, ставшие основаниями совершения операций по расчетному счету;
- документы, подтверждающие исполнение данных договоров (акты, накладные и т.д.);
- бухгалтерскую и налоговую отчетность;
- документы, подтверждающие наличие материально-технической базы, складских помещений;
- штатное расписание организации;
- документы, подтверждающие квалификацию сотрудников для работы с используемым оборудованием.

Клиентом были представлены документы, которые имели отношение к банковской операции, тогда как банк запросил сведения,

¹ Постановления Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 № 3173/13, Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.02.2017 по делу № А40-111576/16-182-965.

Павел ФЕДОРОВ

позволяющие оценить хозяйственную деятельность предпринимателя в целом за конкретный период. Суд обратил внимание на то, что после получения комплекта документов банк не предпринял обоснованных действий: не запросил дополнительные документы, а также не уведомил Росфинмониторинг. Судом был сделан вывод, что истребование широкого перечня документов в отсутствие дополнительных действий, которые бы позволили сделать вывод об установлении признаков подозрительности, свидетельствует о подмене банком контролирующих органов.

Рекомендацией в данном случае может являться предметный запрос документов по спорной банковской операции с ориентацией на предварительно выявленные признаки подозрительности. Банк должен учитывать, что все действия необходимо обосновывать в суде (банк будет выступать процессуальным оппонентом предпринимателя).

Истребование широкого перечня документов в отсутствие дополнительных действий, которые бы позволили сделать вывод об установлении признаков подозрительности, свидетельствует о подмене банком контролирующих органов.

Имеются открытые источники, которые позволяют сформировать представление о репутации, понять, есть ли задолженность по уплате налогов, а также исполнительные производства. Поскольку информация запрашивается по результатам банковской операции, уплата налогов за соответствующий период может быть не отражена в отчетности. Такую отчетность имеет смысл запрашивать при оценке совокупности банковских операций и при наличии данных из открытых источников о наличии задолженности по налогам.

Дополнительные документы, которые не относятся непосредственно к операции, необходимо затребовать при наличии очевидных признаков подозрительности с ориентацией на обоснование их затребования в суде. Но представление таких документов должно быть причинно обусловлено проводимой проверкой.

К примеру, если речь идет о большом объеме выполненной работы или оказанной услуги, то имеет смысл запросить:

- штатное расписание;
- документы, подтверждающие оплату НДФЛ;
- сведения о выплате заработной платы, если выплата осуществляется в другом банке;
- сведения о материально-технической базе, которая позволила такой объем выполнить;
- специальные разрешения, которые требуются для выполнения такой работы;
- пояснения руководителя;
- в зависимости от ситуации — сведения о хранении и транспортировке значительного объема товара.

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ

Главным условием является ориентация на выявленные признаки подозрительности с учетом специфики деятельности предпринимателя.

Банки вынуждены проводить значительную аналитическую работу, которая позволит определить круг действительно необходимых документов применительно к спорной операции.

4. Отсутствует действительный анализ спорной операции

Применяя санкции к расчетному счету, банки указывают на подозрительность банковской операции. При этом описание таких признаков не представляется ни предпринимателям, ни суду. В связи с этим у суда возникают очевидные сомнения в обоснованности примененных санкций (принятие решения по внутреннему убеждению суда).

Наличия только формальных признаков, указывающих на сомнительность сделки, недостаточно для принятия решения о квалификации операции в качестве подозрительной¹.

В судебной практике, например в Постановлении Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.06.2016 по делу № А62-8157/2015, отмечается необходимость обоснованного совершения банком действий, что отражается в реальности проводимых проверок. Как заключил суд в указанном деле, банк не представил доказательств того, что его службой безопасности или иными структурными подразделениями вообще проводились какие-либо проверки в отношении общества или спорных операций. Запрошенные у банка документы поступили в суд без каких бы то ни было выводов о соответствии или несоответствии представленных клиентом по запросу банка документов требованиям Закона № 115-ФЗ.

Можно встретить мнение (например, в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 01.10.2015 по делу № А60-7882/2015), что банк должен не только сослаться на норму закона или положение договора, предусматривающие возможность совершения действий, но и указать конкретные обстоятельства, послужившие причиной их совершения. Доводы суда в указанном деле сводились к необходимости выявления и обоснования признаков подозрительности, тогда как банк обосновал только свое право реагирования, сославшись на положения договора банковского счета.

По мнению суда, о необоснованности позиции банка свидетельствует отказ в совершении банковских операций после получения

Дополнительные документы, которые не относятся непосредственно к операции, необходимо затребовать при наличии очевидных признаков подозрительности с ориентацией на обоснование их затребования в суде.

¹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 31.05.2018 по делу № А65-28380/2017.

Павел ФЕДОРОВ

всех запрошенных документов, при этом банк указывает на обнаружение признаков подозрительности после проверки документов, но их не раскрывает¹. В данном случае обнаруживается типичная ошибка банков, заключающаяся в отсутствии стратегии поведения: банк формально запрашивает большой объем документов без выявленных признаков подозрительности, не предпринимая дополнительных действий.

Необходимо отметить, что у банков есть не только право запрашивать документы и информацию, но и установленная ст. 4 Закона № 115-ФЗ обязанность информировать клиентов в части применяемых ограничительных мер и отказа в обслуживании².

При рассмотрении одного из дел суд установил, что банк не указал клиенту основание применения ограничительных мер ни непосредственно после представления клиентом документов, ни в ответе на претензию, что свидетельствует о формальном подходе банка³.

Наблюдается тенденция, когда суды принуждают банки переходить от формальной оценки операций к выявлению действительных признаков необычности с обязательным их обоснованием.

В уже описанном нами деле № А40-119042/18 суд указал, что поскольку банк не запросил документы, подтверждающие экономический смысл операций, наличие сомнений в реальности сделок с контрагентами, не подтвержденное какими-либо доказательствами, само по себе не может являться основанием для вывода о сомнительном характере операций⁴.

Рекомендацией может быть проведение реального анализа спорной ситуации с использованием открытых источников (картотеки судебных дел, базы исполнительных производств, сервисов налоговой инспекции и т.п.), а также сведений о предыдущих операциях клиента⁵.

Нелишними будут проверка адреса места нахождения предпринимателя, беседа с участниками и руководителем, выяснение биз-

Типичная ошибка банков заключается в отсутствии стратегии поведения: банк формально запрашивает большой объем документов без выявленных признаков подозрительности, не предпринимая дополнительных действий.

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.03.2018 по делу № А40-182847/2016.

² Пункт 2 Информационного письма Банка России от 12.09.2018 № ИН-014-12/61 «По вопросам применения Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма” в части функционирования механизма реабилитации клиентов».

³ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 27.12.2018 по делу № А40-251715/2018.

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.04.2019 по делу № А40-119042/18. Как уже было сказано, данное дело, несмотря на отрицательный для банка результат, стоит выделить, поскольку банком была осуществлена квалифицированная работа в части оценки операций, а также деятельности клиента и контрагента.

⁵ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 07.02.2017 по делу № А40-210051/16-182-1855; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.03.2019 по делу № А50-25927/2018.

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ

нес-модели. Особенное внимание необходимо уделить оценке взаимоотношений с контрагентами: соотношения видов деятельности клиента и контрагентов, присутствия контрагентов в списке по Положению № 550-П, наличия специальных разрешений (допуска СРО, лицензии), наличия номинальных директоров и участников, а также их частой смены, наличия сайта. Безусловно, такая оценка должна укладываться в сформированную стратегию, а не являться попыткой собрать хоть какую-нибудь информацию.

Может быть внедрена система оценки деятельности клиентов, построенная по методу сравнения с реальными показателями. К примеру, могут быть использованы открытые источники информации о среднеотраслевом уровне налоговой нагрузки, среднемесячной заработной плате по отраслям и региону. Но, опять же, такая система должна применяться не формально, а с учетом характера сделки.

5. Необдуманно используются заградительные тарифы

Широкое использование банками заградительных тарифов на фоне предоставленного им права формально оценивать банковские операции приводит к тому, что суды делают вывод о попытках заработать на Законе № 115-ФЗ. Сформированная судебная практика свидетельствует об отрицательном восприятии судами возможности взыскания повышенных тарифов. Так, в Определении от 12.05.2015 № 305-ЭС15-680 Верховный суд РФ посчитал, что такой тариф имеет штрафной характер и по сути является мерой ответственности клиента перед банком. Также суд отметил, что данный тариф не предусмотрен законодательством, в том числе Законом № 115-ФЗ.

Судебная практика с такими выводами обширна¹.

Если говорить о положительной для банков практике, то основными доводами являются установление такого тарифа по взаимному согласию и непредставление клиентом запрошенных документов и сведений².

Но даже установление тарифа по согласованию не всегда позволяет банкам выиграть дело, поскольку основное предназначение

Может быть внедрена система оценки деятельности клиентов, построенная по методу сравнения с реальными показателями. К примеру, могут быть использованы открытые источники информации о среднеотраслевом уровне налоговой нагрузки, среднемесячной заработной плате по отраслям и региону.

¹ Решения Арбитражного суда г. Москвы от 23.01.2017 по делу № А40-224417/2016, от 06.02.2017 по делу № А40-200763/2016; Постановления Арбитражного суда Московского округа от 07.02.2017 по делу № А40-22837/2016, от 23.01.2017 по делу № А40-226881/2015, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2017 по делу № А60-38917/2016.

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.03.2019 по делу № А40-255599/18.

Павел ФЕДОРОВ

заградительного тарифа заключается в создании предпринимателю таких препятствий, которые делают невыгодным совершение противоречащих закону операций.

Банки игнорируют указанную функцию, применяя заградительные тарифы даже в случае перевода остатка денежных средств при закрытии счета на банковский счет предпринимателя, открытый в другом банке. В такой ситуации применение повышенного тарифа может иметь смысл при игнорировании клиентом требований о предоставлении запрошенных документов и сведений.

Рекомендацией в данном случае может являться отражение заградительных тарифов при заключении договора либо согласование их в дополнительном соглашении. Применение таких тарифов целесообразно по итогам проверки в рамках Закона № 115-ФЗ: либо к спорной операции, либо к следующим после проверки, но аналогичным по смыслу операциям. Но стоит иметь в виду, что попытка применения тарифа может дискредитировать в суде обоснованную позицию банка и привести его к проигрышу. Имеет место тенденция восприятия судами заградительных тарифов в качестве безосновательного получения банками выгоды.

Широкое использование банками заградительных тарифов на фоне предоставленного им права формально оценивать банковские операции приводит к тому, что суды делают вывод о попытках заработать на Законе № 115-ФЗ.

6. Банк формально ограничивает клиентов-ИП в использовании денежных средств

В последнее время стала формироваться судебная практика, в соответствии с которой оставшиеся на банковском счете ИП денежные средства после уплаты налога являются его собственностью и он вправе распоряжаться ими по своему усмотрению. Нормативным обоснованием такой позиции являются ст. 128, 209, 845, 858 ГК РФ.

Свобода действий ИП подчеркивается в Письмах Минфина России от 11.08.2014 № 03-04-05/39905 и от 19.04.2016 № 03-11-11/24221, согласно которым одним из способов распоряжения полученными денежными средствами может быть, например, их снятие с расчетного счета с целью использования для личных нужд или перевод на личный счет.

Дополняет данную позицию Письмо Банка России от 02.08.2012 № 29-1-2/5603, согласно которому наличные деньги, полученные индивидуальным предпринимателем с банковского счета, могут без ограничений расходоваться им на личные (потребительские) нужды.

Указанный подход приветствуется судебной практикой¹.

¹ Постановления Арбитражного суда Дальневосточного округа от 22.12.2015 по делу № А04-3128/2015, Арбитражного суда Московского округа от 07.03.2018 по делу № А40-182847/2016, от 29.11.2018 по делу № А40-221423/2017, Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2019 по делу № А40-158552/18-55-1400.

Типичные ошибки банков при применении мер в области ПОД/ФТ

Банки должны оценивать ситуацию в зависимости от вариантов последующего распоряжения денежными средствами, исходя из совокупности совершаемых действий. Если речь идет об обналчивании, то необходимо обращать внимание на репутацию, задолженность по налогам, срок осуществления деятельности, характер деятельности с учетом наличия сотрудников в штате. Имеет смысл также проводить беседы с ИП.

Но стоит констатировать, что деятельность ИП может отвечать всем условиям реальной деятельности даже в случае ее имитации. Тогда банкам трудно будет отстаивать свою позицию в суде. Наиболее правильной является детальная оценка операций с использованием метода сравнения. В этом случае банк может доказать имитацию деятельности, ориентируясь на официальные данные Росстата, на параметры, которые можно обнаружить в интернете и получить по официальному запросу, адресованному ИП и организациям, осуществляющим аналогичный вид деятельности.

Пристальное внимание необходимо будет уделить отсутствию либо недостатку трудовых ресурсов для такой деятельности. Подтверждением сомнительности может являться прекращение деятельности ИП после совершенной спорной операции, а также короткий срок существования ИП.

Если речь идет о последующем переводе денежных средств другим ИП или организациям, то операции с участием ИП можно оценивать по признаку транзитности. В этом случае банку также необходимо представлять доказательства, свидетельствующие об отсутствии реальности деятельности.

Основная ошибка банков в таких ситуациях — поверхностный анализ операций, который проявляется в недостаточности доводов об их формальности. Банки не в полной мере используют метод индукции, что отражается в обнаружении показателей формальности деятельности, которых недостаточно для главного вывода.

Действенные механизмы борьбы банков с недобросовестными предпринимателями выработать трудно. В первую очередь это связано с неопределенностью целей предоставленного банкам арсенала способов реагирования, а также с размытостью терминологии. Применяемые банками механизмы воздействия расходятся с закрепленными в Законе № 115-ФЗ целями.

Для того чтобы не пропустить действительно незаконную операцию и не попасть под проверку Банка России, банки вынуждены очень часто прибегать к применению Закона № 115-ФЗ. В конечном

В последнее время стала формироваться судебная практика, в соответствии с которой оставшиеся на банковском счете ИП денежные средства после уплаты налога являются его собственностью и он вправе распоряжаться ими по своему усмотрению.

Павел ФЕДОРОВ

итоге формируется отрицательная практика, что приводит к общему сомнению суда в обоснованности действий банков. Процессуально это отражается в распределении бремени доказывания: вместо обоснования права на формальный подход при обнаружении признаков сомнительности банки обязаны раскрывать и подтверждать содержательную часть таких признаков. Очевидно, что подобная тенденция невыгодна банкам, поэтому необходимо работать над устранением наиболее часто встречающихся ошибок. ER