



Российская компания будет вынуждена раскрыть информацию о результатах корпоративных проверок и внутренних расследований, если получит запрос от правоохранительных органов иностранного государства. Конфиденциальность можно сохранить. **Мерген Дораев**, к. ю. н., адвокат, партнер АБ ЕМПП, рассказал, как воспользоваться возможностями и не потерять право на привилегии.

Скрываем по правилам. Когда компания не сможет воспользоваться доказательственными привилегиями

Решение вопросов о соблюдении требований Закона о коррупции за рубежом (FCRA) и санкционных ограничений США в последние годы стало общепринятой практикой для российского бизнеса. Чтобы оценить регуляторные риски бизнеса, провести внутренние корпоративные расследования, определить объем допущенных нарушений, компании привлекают юристов. Еще они помогают оценить возможные последствия и выработать меры для минимизации существующих рисков, в том числе в рамках последующего взаимодействия с правоохранительными органами различных государств. Но наши соотечественники часто забывают о важности последующего сохранения конфиденциальности полученных результатов, в том числе, если получают запросы от иностранных правоохранительных органов.

Российские компании все чаще сталкиваются с расследованием их деятельности со стороны

правоохранительных органов различных государств. Особую пристрастность к отечественному бизнесу демонстрируют Соединенные Штаты. Эта страна традиционно не связана территориальной юрисдикцией при применении норм своего антикоррупционного или санкционного законодательства к иностранным юридическим лицам. Часто в таких случаях в зоне повышенного внимания находятся материалы, которые связаны с работой внутренних и внешних юристов. Также иностранные контролирующие органы могут запросить документы о проведении внутрикорпоративных проверок и расследований, включая результаты опроса сотрудников и оценки собранных доказательств.

По этой причине российским компаниям необходимо разобраться в ситуациях, когда можно сослаться на доказательственные привилегии при раскрытии такой информации в американских транснациональных расследованиях.

В статье — основные моменты, на которые следует обратить первоочередное внимание, чтобы не потерять это право.

Как использовать привилегии

Отечественные юристы сталкиваются с маркировками «legally privileged», «attorney client privileged» и «attorney work product» на документах и в переписке с иностранными юристами, но не все достаточно осведомлены о значении этих отметок в соответствующих юрисдикциях. Так, согласно существующим процессуальным правилам доказательственные привилегии позволяют в определенных случаях не раскрывать материалы и информацию, которая относится к коммуникациям с юристами.

В Соединенных Штатах наиболее часто используют две разновидности доказательственных привилегий. Первая — attorney-client privilege — конфиденциальность отношений между адвокатом и клиентом. Вторая — attorney work product — конфиденциальность результатов правовой работы. Первая разновидность относится к любым видам коммуникаций между юристом и его клиентом в связи с получением юридической помощи, или, другими словами, консультированием, а вторая — к документам, создаваемым в преддверии потенциального разбирательства его стороной или ее представителем.

Где используют. В первую очередь доказательственные привилегии используют на стадии раскрытия доказательств в рамках судебных и арбитражных разбирательств. Подробнее об этом написали адвокат Тимур Аиткулов и юрист Алексей Вялков в статье «Доказательственные привилегии в зарубежных процессах» // Корпоративный юрист. 2018. № 11. Однако этот институт также применим и на досудебных стадиях — при получении требования или запроса со стороны государственных органов.

Например, такого мнения придерживаются некоторые американские регуляторы, которые контролируют исполнение санкционных предписаний. В их число входит и Управление по контролю иностранных активов (OFAC) Казначейства США, которое прямо указывает на то, что компании не обязаны раскрывать материалы, кото-



УГРОЗА ОТ ЛИЦА БЕЗ СТАТУСА АДВОКАТА

Некоторые российские компании нанимают для организации внутренних расследований и оценки правовых рисков внешних консультантов, которые не являются юристами. Говорить о применении доказательственных привилегий в отношении коммуникаций с такими консультантами не приходится.

рые защищены доказательственными привилегиями, в ответ на поступающие от OFAC запросы (OFAC's Economic Sanctions Enforcement Guideline. 31 C.F.R. Part 501).

В чем сложности. Возможность сослаться на доказательственные привилегии осложняется тем, что многие субъекты расследований не обеспечивают соблюдение условий, необходимых для их применения. Еще в США можно столкнуться с тем, что отдельные государственные органы принуждают субъектов расследования к отказу от доказательственной привилегии. Этот вопрос проанализировала Американская ассоциация юристов (American Bar Association) в материале «О практике применения доказательственной привилегии в работе государственных органов» (americanbar.org).

Когда может применяться российское право

Одной из основных проблем, с которыми могут столкнуться российские компании, является определение права, применимого к доказательственным привилегиям. Поскольку коммуникации с юристами осуществляются в России и в отношении российской компании, то в случае спора об обоснованности применения доказательственной привилегии американский суд может прийти к выводу о применимости к возникающим при этом отношениям российского законодательства. В этом случае компания будет обязана раскрыть соответствующую информацию и документы, даже если в ином случае такое раскрытие было бы невозможно в силу американской доказательственной привилегии.

В первую очередь такое решение затронет коммуникации между юристом-инхаусом и менеджментом компании, поскольку в отличие от Соединенных Штатов в России указанные материалы не защищены от раскрытия. Базовый вариант сохранить доказательственную привилегию в такой ситуации — включить в такие коммуникации внешнего юриста, имеющего статус адвоката. Это позволит сослаться на самый близкий по содержанию отечественный процессуальный институт — адвокатскую тайну.

Юрист-инхаус консультирует не только по правовым вопросам

Правило о том, что доказательственные привилегии не покрывают рекомендации и консультации по бизнес-вопросам, в первую очередь относится к юристам-инхаусам, поскольку их компетенция нередко включает и функционал в сфере менеджмента. К указанной сфере могут быть отнесены материалы, появившиеся при реализации менеджерских полномочий, ведении деловых переговоров, согласовании коммерческих условий сделок и т. д. Рекомендуем разделять соответствующие коммуникации и не допускать смешения рекомендаций по коммерческим и юридическим вопросам в одном документе.

Информация стала доступна широкому кругу лиц

Широкий круг лиц, имеющих доступ к информации, получаемой от внешних и внутренних юристов, может также привести к ситуации, когда исходящие от юриста материалы не будут защищены доказательственной привилегией. Такая ситуация возможна в электронной переписке с большим количеством адресатов или с участием в конференц-звонках и встречах с юристами лиц, которые не могут быть отнесены к представителям клиента.

Информацию добровольно раскрыли третьим лицам

Встречаются ситуации, когда подготовленные юристами материалы (например, меморандумы, заключения по правовым вопросам и т. д.) передают банкам, аудиторам, финансовым консультантам или каким-либо контрагентам компании. По общему правилу, подобное раскрытие информации третьим лицам будет рассматриваться в качестве добровольного отказа от доказательственной привилегии. Исключением может быть ситуация, когда такие консультанты оказывают услуги внешнему юристу для целей по оказанию юридической помощи клиенту.

Как сохранить доказательственные привилегии



Полезные советы для российских компаний при проведении внутрикорпоративных проверок и расследований

1 **Маркируйте информацию, защищенную доказательственной привилегией:** включение грифов и оговорок в документы и переписку может исключить их случайное раскрытие

2 **Не проводите внутреннее расследование без юристов.** Они необходимы еще до появления каких-либо документов

или обмена информацией по юридическим вопросам

3 **Пригласите внешнего юриста с адвокатским статусом возглавить внутреннее расследование:** это может оказаться эффективнее, чем проведение внутреннего расследования под руководством внешнего юриста из США

Информацию можно получить у правоохранительных органов других государств

Поскольку транснациональные расследования могут затрагивать одновременно несколько юрисдикций, не нужно упускать из виду, что американские регуляторы могут получить запрашиваемую информацию от правоохранительных органов других государств на основании действующих соглашений о правовой помощи (например, с Кипром, Великобританией, Нидерландами и др.). В этом случае вопросы раскрытия информации будут регулироваться правом государства, в котором такие доказательства были получены. Так, подготовленные внутренними или внешними юристами конфиденциальные материалы, попавшие в распоряжение правоохранительных органов таких третьих стран в результате обыска, изъятия носителей информации или электронной переписки в офисе зарубежного представительства либо филиала российской компании или какого-либо аффилированного с ней лица, могут на законных основаниях оказаться у следователей, осуществляющих расследование в Соединенных Штатах. С большой вероятностью применить доказательственную привилегию к полученным таким образом документам и информации не получится.

Отдельным основанием, которое российские компании могут использовать для отказа раскрывать информацию по запросу иностранных правоохранительных органов, является запрет на такое раскрытие по российскому законодательству. Пока такая норма действует лишь в отношении стратегических акционерных обществ, которым Указом Президента от 11.09.2012 г. № 1285 «О мерах по защите интересов Российской Федерации при осуществлении российскими юридическими лицами внешнеэкономической деятельности» запрещено без согласия органа, уполномоченного Правительством, предоставлять информацию о своей деятельности.

Идея о расширении сферы применения такого запрета остается предметом обсуждения. Так, в 2015–2016 годах в Госдуме рассматривался законопроект об общем запрете раскрытия информации в ответ на запросы государственных органов иностранных государств, в том числе, предусматривавший ответственность за нарушение установленного запрета. Проекты обсуждались законодателем в 2018–2019 годах и предусматривали уголовную ответственность за передачу иностранным государственным органам информации в отношении субъектов иностранных санкционных перечней или содействовавшей введению новых санкций. ♦

4 **Поручите внешнему юристу с адвокатским статусом наем и руководство другими консультантами, вовлеченными в расследование:** такая модель работы может позволить сохранить доказательственную привилегию, несмотря на доступ неюридических консультантов к результатам и ходу расследования

5 **Разработайте внутренние документы, посвященные процедуре расследования:** необходимо четко определить роль юриста при проведении внутреннего расследования, состав участников расследования, меры по обеспечению конфиденциальности полученных материалов и результатов расследования и т. д.

6 **Отдавайте приоритет устным коммуникациям:** создание лишних документов увеличивает риск случайного раскрытия, квалифицируемого как отказ от доказательственной привилегии

7 **Ограничивайте круг получателей информации:** необходимо предот-

вратить доступ к документам и информации любых сотрудников, не участвующих в расследовании

8 **Не смешивайте правовые консультации с бизнес-вопросами:** любые выводы и рекомендации по коммерческим вопросам должны быть исключены из материалов и результатов внутреннего расследования