Санкт-Петербургский государственный университет

***САРЫГИН Александр Борисович*Выпускная квалификационная работа   
*Законодательство ПОД / ФТ и банковский контроль операций с цифровой валютой***

Уровень образования: Магистратура  
Направление 40.04.01 «Юриспруденция»  
Основная образовательная программа *«юрист в сфере финансового рынка (финансовый юрист)»*

Научный руководитель: доцент кафедры коммерческого права, кандидат юридических наук

Бушев Андрей Юрьевич

Рецензент: Киселева Маргарита Юрьевна

Санкт-Петербург

2022 год

**Содержание**

Введение ………………………………………………………………… 3

Глава 1. Обоснование невозможности подтверждения или опровержения необходимости применения имеющихся в судебной практике подходов к поставленной проблеме с точки зрения теории вероятности ………………… 4

Параграф 1. Существующее регулирование и судебная практика ………. 4

Параграф 2. Обоснованные сомнения в контексте 115 – ФЗ с точки зрения теории вероятности …………………………………………………………… 10

Параграф 3. Исследование на основе судебной практики …………….. 16

Параграф 4. Обоснование невозможности использования полученных выше результатов с юридической и политико – правовой точки зрения несмотря на их статистическую верность …………………………………….. 30

Глава 2. Обоснование неудачности концепции судебного усмотрения в рассматриваемом вопросе …………………………………………………...… 34

Глава 3. Криптообменники и криптобиржи; игровые токены, платежные бонусы …………………………………………………………………….…… 41

Глава 4. Доказывание обоснованных сомнений в проведенных клиентом операциях ……………………………………………………………………….. 63

Используемые источники ………………………………………….…… 73

**Введение**

Значимость и актуальность выбранной темы обусловлена тем, что на данном этапе своего развития криптовалюта (цифровая валюта) получает широкое распространение среди граждан – пользователей услуг финансовых организаций. Такая тенденция не может не затронуть банковскую систему, которая столкнется с необходимостью контроля платежей с использованием криптовалюты согласно законодательству ПОД / ФТ. В то же время существующее регулирование и сложившаяся судебная практика не всегда могут адекватно принять новые вызовы, которые задают транзакции с использованием криптовалюты. Рекомендательное регулирование на уровне международных неправительственных организаций (ФАТФ) содержит довольно жесткие требования к регулированию и контролю платежей с использованием криптовалюты, которые значительно ограничивают свободную экономическую деятельность лиц, предоставляющих услуги в связи с крипто – транзакциями. Проанализированная учебная литература по данной проблеме (например, Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А.И. Савельев – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут. 2020) хорошо описывает существующее регулирование и задает верную формулировку проблем, в то же время для разрешения таких поставленных проблем интересно было использовать литературу по смежным дисциплинам, например, учитывая то, что при применении банком мер согласно законодательству ПОД / ФТ речь идет о вероятности противозаконной деятельности, автор исследования позволил обратиться к трудам известного ученого – математика Л. Млодинова.

При исследовании проблемы можно было столкнуться с дилеммой соотношения защиты интересов клиентов банка и необходимости поддержания необходимого контроля в рамках ПОД / ФТ – автор исследования предложил свой вариант разрешения данной проблемы.

**Глава 1. Обоснование невозможности подтверждения или опровержения необходимости применения имеющихся в судебной практике подходов к поставленной проблеме с точки зрения теории вероятности**

**Параграф 1. Существующее регулирование и судебная практика**

Применение к клиентам мер, предусмотренных 115 – ФЗ, со стороны банков влечет за собой серьезные ограничения: среди этих мер имеется как отказ в заключении договора банковского счета, отказ в совершении операций, расторжение договора банковского счета.

При этом законодательство исходит из того, что при применении вышеуказанных мер банки не обязаны доказывать то, что клиент осуществляет какую – либо противоправную деятельность. Так, к примеру, пункт 11 статьи 7 115 – ФЗ исходит из того, что банк имеет право приостановить операцию при наличии подозрений, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступных путем, или финансирования терроризма.

Согласно сложившейся судебной практике, банк не обязан доказывать какой – либо конкретный преступный умысел лица или противоправное содержание сделки, достаточно доказать необычный / запутанный характер операции, которые позволил банку усомниться в ее законности (например, смотри: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.09.2020 N 17АП-7385/2020-ГК по делу N А60-324/2020).

При этом в судебной практике можно найти следующие иллюстрации сомнений, которые позволили банку реализовать свои полномочия в рамках 115-ФЗ[[1]](#footnote-1):

- Согласно статье 7 115 – ФЗ банк вправе запросить документы и пояснения, позволяющие оценить реальный характер операции или оценить операцию на предмет сомнительности, при этом клиент не предоставил такие документы[[2]](#footnote-2); в данном случае бремя доказывания распределяется таким образом, что на банк не может быть возложена обязанность по обоснованию обстоятельств, связанных с внутренними аспектами совершения операции или деятельности клиента (так как банк не имеет непосредственного доступа к таким операциям)[[3]](#footnote-3).

- Клиент затрудняется обосновать источник происхождения денежных средств[[4]](#footnote-4);

- Противоречие в предоставленных документах[[5]](#footnote-5); значительные пробелы в предоставленных документах[[6]](#footnote-6);

- Клиент нарушил условия пользования банковской картой, например, карта не была предназначена для совершения операций, связанных с предпринимательской деятельностью[[7]](#footnote-7);

- Обстоятельства, связанные с характеристиками контрагента[[8]](#footnote-8);

- Транзитный характер операций (то есть клиент использует свой счет фактически как счет депо для зачисления (как правило, массового зачисления) на иные счета)[[9]](#footnote-9).

Кроме того, сложившееся судебная практика предъявляет ряд требований и к банку при применении мер, предусмотренных 115 – ФЗ:

В частности, стоит учитывать, что в судебной практике имеется распространенная позиция, что банк должен в переписке с клиентом по поводу применения ограничений, предусмотренным 115 – ФЗ, использовать общепринятые термины и коды операций[[10]](#footnote-10). Банк обязан четко изложить клиенту основания для применения той или иной меры[[11]](#footnote-11). Банк также обязан уведомить клиента о применении конкретных мер, об их причинах[[12]](#footnote-12). Банк обязан обосновать сомнения в проведенной операции со ссылкой на доказательства, в частности, со ссылкой на схему операции, которая вызвала такое обоснованные сомнения – суд может не согласиться с доводами банка даже при соответствующих объяснениях[[13]](#footnote-13).

**Параграф 2. Обоснованные сомнения в контексте 115 – ФЗ с точки зрения теории вероятности**

Итак, как мы увидели в предыдущих параграфах, банку достаточно обоснованных сомнений в противоправном характере действий клиента, чтобы применить к последнему меры, предусмотренные 115 – ФЗ.

Таким образом, когда банк применяет к клиенту те или иные меры, предусмотренные 115 – ФЗ, речь всегда идет о *вероятности[[14]](#footnote-14)* того, что клиент занимается деятельностью, противоречащей законодательству ПОД /ФТ.

Вероятность – это неизбежный элемент любого юридического процесса, однако самого по себе указания на вероятность при разрешении любого дела недостаточно. Необходимо, как минимум, наполнить содержание вероятности количественным содержанием.

В юридической науке принято считать выделять[[15]](#footnote-15) следующие стандарты доказывания фактов в судебном процессе:

- «На первый взгляд» (prima faciе) – стандарт доказывания, который применяется, когда обстоятельства требуют поверхностного анализа для принятия решения. Данный стандарт подходит для задержания преступника полицией на месте преступления. В числовой шкале вероятность составляет около 25%;

- «Баланс вероятностей» - согласно данному стандарту, факт скорее имел место, чем не имел. Данный стандарт применяется при разрешении большинства гражданско – правовых споров. В числовой шкале вероятность составляет около 50%;

«Ясные и убедительные доказательства» - согласно данному стандарту, требуется подтверждения, которые свидетельствуют о том, что событие весьма вероятно произошло. Данный стандарт применяется, например, в делах о банкротстве, где аффилированному с должником лицу необходимо обосновать, что сделка не была заключена в целях контроля над делом о банкротстве. В числовой шкале вероятность составляет около 75%;

- «Вне всяких разумных сомнений» - согласно данному стандарту, что при предоставлении соответствующих доказательств не останется сомнений в том, что факт имел место. Этот стандарт применим в уголовных делах. В числовой шкале вероятность составляет около 99%

Автором данного исследования не удалось выявить теоретических позиций по поводу того, какой из стандартов применяется в делах по поводу применения 115 - ФЗ. Напомним, что речь идет не доказательстве конкретной преступной деятельности лица (например, легализация денежных средств, полученных преступным путем), а о том, что банк доказывает свои обоснованные сомнения. В рамках данного исследования можно предположить, что в процессе доказывания таких сомнений банк должен демонстрировать, как минимум, третий стандарт доказывания (что не исключает возможности демонстрировать стандарт «Вне всяких разумных сомнений» как самый точный), поскольку сами по себе сомнения являются субъективным скептическим отношением банка к проведенной операции или к клиенту, и доказать такое субъективное отношение не должно составлять большого труда. Чтобы наполнить содержательные понятия различных стандартов вероятности в юридическом процессе содержанием, выраженном в числовом значении (что позволит проверить данные стандарты в математическом смысле слова), нам необходимо применить в нашем исследовании теоретическую разработку, которая бы позволяла бы объяснить, каким образом *рассчитывается* вероятность в схожих с имеющимися в проанализированной практике суждениях.

В математической науке широкое распространение получила так называемая теория вероятности британского математика Томаса Байеса, такое распространение теория получила благодаря тому, что она может подходить для объяснения многих прикладных вещей. В нашем случае данная теория может быть полезна следующим:

Теорию Байеса[[16]](#footnote-16) следует начать с простой и понятной ситуации: допустим, человеку позвонил врач и сказал, что результаты имеющихся обследований говорят о том, что у этого пациента неизлечимое заболевание, и вероятность прогноза составляет 999 шансов из 1000. Далее пациент получает повторные анализы и обследования, которые уже точно говорят об обратном. Возникает вопрос, каким образом квалифицированный врач мог такое утверждать, если мы исключаем обман или заблуждение самого врача.

Как описывает один из математиков[[17]](#footnote-17), с которым данный случай произошел в реальной жизни, врачи в его конкретном случае и в принципе в большинстве основывают такие утверждения на том факте, что только 1 из 1000 тестов является положительным при на самом деле отрицательном результате.

В то же время реальная картина с точки зрения математики и теории вероятности выглядит так:

Истинные положительные тесты – 1

Ложные положительные тесты – 10

Истинные отрицательные тесты – 9989

Ложные отрицательные тесты – 0

Согласно теории Байеса для разрешения вышеуказанной задачи необходимо применить следующие шаги: (1) определить надлежащую статическую информации (например, если мы включим в вышеуказанную выборку людей, склонных к данной болезни, результат изменится), (2) произвести «урезание» необходимых элементов, в зависимости от оснований, которые мы хотим найти.

Последняя фраза означает, что мы можем найти *вероятность положительного результата, если человек не болен*, или *вероятность отсутствия болезни при положительном результате.*

В перовом случае расчеты будут выглядеть таким образом: 10 / 9999 = 0,0001, во втором: 10 / 11 = 0,9.

Таким образом, на данном примере можно проиллюстрировать основной тезис теории Байеса: вероятность того, что А произойдет, если произойдет В, обычно отличается от вероятности того, что В произойдет, если А произойдет.

На основе этого же постулата психологи показывают своим клиентам, что, если супруг стал задерживаться на работе, это еще не повод для беспокойства, *так как вероятность того, что супруг избегает супруга, если у него имеется романтическая связь, не стоит путать с вероятностью того, что у него связь, если он избегает супруга*.

Данная теория имеет также непосредственное практическое применение в юриспруденции, к примеру, известный адвокат Алан Дершовиц описывал ситуацию[[18]](#footnote-18), как он, используя «ошибку обвинения» смог защитить своего подзащитного. Мужчина убил свою жену. Защищая мужчину, против невиновности которого говорили все доказательства, Алан воспользовался спекулированием стороны обвинения на том, что ранее мужчина бил свою жену, что, по мнению обвинения, уже свидетельствовало о том, что высока вероятность убийства. Адвокат нашел статистику, согласно которой лишь в немногих процентах случаев муж, применявший насилие к своей жене, в итоге убивал ее, и приставил это присяжным. В итоге мужчина был оправдан.

Однако в вышеуказанном примере адвокат *подменил вероятность того, что убитая жена, которою до этого бил муж, была убита тем, кто ее бил на вероятность того, что мужичина, избивающий жену, в итоге убьет ее*.

В судебной практике можно увидеть многочисленные примеры, когда суды пользуются для обоснования вывода об обоснованности сомнений банка суждениями, аналогичные тем, что мы приводили выше. Например:

*Таблица 1. Иллюстрация наличия вышеуказанных тезисов в судебной практике*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Реквизиты решения суда | Пример довода суда | Объяснение с точки зрения вышесказанного |
| Решение Арбитражного суда Нижегородской Области от 17 ноября 2020 г. по делу А43-4573/2020 | Клиент самостоятельно не уточнил у банка, необходимо ли предоставлять дополнительные документы, тем самым проявил пассивную позицию, действия банка являются правомерными. | Имеется вероятность того, что при непредоставлении соответствующих документов операция клиента является действительно сомнительной, что позволяет оказать в требованиях клиента |
| Решение Арбитражного суда Северо – Западного округа от 09.06.2020 № Ф04-277/2020 по делу № 45-23279/2019 | У клиента имеется низкая прибыль, что в совокупности с уклончивыми ответами на вопросы сотрудника банка, подтверждают обоснованные сомнения банка | Имеется вероятность, что при низкой прибыли клиента и уклончивых ответов клиента операция клиента является действительно сомнительной, что позволяет отказать в требованиях клиента |
| Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 06.02.2018 № 59-КГ17-18 | По фактическим объяснениям клиента имелась предоплата по договору, однако, в частности, в представленном в Банк договоре не имеется такого условия, сомнения Банка обоснованы. | Имеется вероятность того, что при отсутствии рассматриваемого условия в договоре операция клиента является действительно сомнительной, что позволяет оказать в требованиях клиента |
| Постановление Арбитражного суда Западно – Сибирского округа от 25.06.2020 № Ф04-665/2020 по делу № А45-13111/2019 | Не представлены документы (приложения) к договору, которые бы объясняли / описывали существующие между сторонами отношения, что подтверждает сомнительный характер операций. | Имеется вероятность, что при отсутствии соответствующих приложений, операция клиента является действительно сомнительной, что позволяет оказать в требованиях клиента |

Все вышесказанное может сподвигнуть на следующие: для того, чтобы проверить насколько, в том числе, вышеуказанные решения соответствуют продемонстрированной теории вероятности и указанным юридическим стандартам, необходимо сначала провести статистические исследования, и далее сделать соответствующие выводы. Однако автор работы при попытке провести данное исследование столкнулся с невозможностью представить строгие математические результаты по нижеследующим причинам.

**Параграф 3. Исследование на основе судебной практики**

Для данного исследования сначала мы должны взять за точки опоры, что мы будем проверять (варианта может быть два: либо само решение банка, либо решение суда), на основании чего будем проверять (также возможно два варианта: либо это решение суда, проверяющее решение банка; либо это решение вышестоящего суда (например, кассационного), проверяющее решение нижестоящего суда). Далее мы должны выявить количество истинно положительных, ложных положительных, истинно отрицательных, ложно отрицательных данных. Далее мы должны верно определить искомую вероятность и сопоставить с принятыми в юриспруденции стандартами.

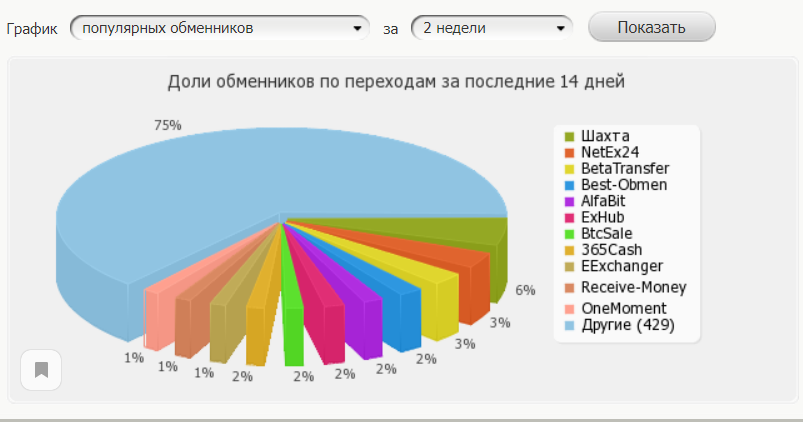
Если мы берем за точку опоры решение банка, то мы легко можем посчитать ложно положительные результаты (успешное оспаривание решения банка в суде), истинно положительные (безуспешное оспаривание решения банка в суде). Однако мы никогда не сможем указать даже приблизительное количество ни ложно отрицательных решений, ни истинно отрицательных решений банка, поскольку действующее правовое регулирование не предполагает оспаривания действий банка при неприменении к клиенту мер, предусмотренных 115- ФЗ.

Если мы возьмем за точку опоры судебное решение суда перовой инстанции[[19]](#footnote-19), а проверку будем производить с точки зрения суда кассационной инстанции[[20]](#footnote-20), то мы столкнемся со следующим:

**А) Выборка судебных решений по ситуациям, где клиент предоставил недостаточные документы / информацию, что стало основной причиной соответствующих сомнений банка**

***Обоснование темы выборки****:* автором исследования выявлено, что в криптообменниках, которые пользовались наибольшей популярностью среди клиентов за последние две недели по состоянию на 16.10.2021, имеется, как правило, окно сайта, где можно задать интересующий вопрос, однако отсутствуют какие – либо опции по предоставлению пользователям сведений об операции в том объеме, в котором это принято в судебной практике, которая была продемонстрирована в Первом Пагаграфе. Поиск по конкретным криптообменникам был обусловлен тем, что на сайте мониторинга кпиртобменников BestChange[[21]](#footnote-21) имеется статистика таких обменников по популярности, что может послужить в нашем случае обеспечением объективности материала для исследования:

*Рисунок № 1. Статистика самых популярных обменников по версии сайта BestChange[[22]](#footnote-22).*



К примеру, на сайте одного из самых популярных криптообменников «Шахте» предусмотрено только отображение в личном кабинете следующих сведений об операции: дата совершения операции, наименование фиатной валюты, за которую была куплена / продана фиатная валюта, сумма транзакции, внутренний номер транзакции. При этом не предоставляется информации о контрагенте («открытого» номера крипто- кошелька). Кроме того, даже если бы номер «открытого» номера криптокошелька бы предоставлялся, на практике можно спрогнозировать следующую проблему:

Напомним, что криптокошелек не является аналогом какого – либо учетного счета. Криптокошелек – это программа, которая включает в себе криптографические ключи. Данный ключ включает в себя «открытую часть», номер которой необходим для перевода в системе блокчейн конкретному человеку; «закрытую часть», доступ у которой имеет только владелец кошелька для распоряжения криптовалютой. Именно данный фактор обуславливает известную, с одной стороны, открытость системы блокчейн, при которой всем участникам системы известны транзакции по номеру «открытой части» ключа, и, с другой стороны, его анонимность, так как никто кроме самого пользователя, не знает кому принадлежит данная «открытая часть».

Все это обуславливает то, что, даже если клиент предоставит исчерпывающие данные о самой хозяйственной операции (например, договор о купле – продаже криптовалюты), технологически без согласия контрагента установить, что перевод осуществлялся конкретному лицу невозможно. Поэтому на данном этапе представляет интерес выяснить, как суды реагируют на предоставление документов с какими – либо существенными, по мнению банка, пробелами:

***Обоснование выборки судебных решений****:* в данном случае выборка в системе «КонсультантПлюс» показала самое большое количество решений судов кассационной инстанции в третьем кассационном округе, что позволяет нам показать выборку судебных решений на определенной территории.

Небольшое количество судебных решений в выборке обусловлено тем, что их поиск производился именно по критерию, где ключевым фактором в деле являлось то, что клиент предоставил документы, из которых не были ясны какие – либо аспекты (суд указывал свою позицию применительно к данному фактору, стороны активно ссылались на данный фактор), что позволяет не допустить смешивания рассматриваемого в данный момент исследования элемента проблематики с иными. Данный абзац касается всех последующих элементов проблематики.

***Результаты****:*

Истинно положительные результаты (решения суда об обоснованности сомнений банка оставлено без изменения): Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 13.07.2020 N 88-7048/2020, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 29.03.2021 N 88-6027/2021 по делу N 2-1487/2020, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 13.05.2020 N 88-7795/2020, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 11.12.2019 N 88-1499/2019, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 24.03.2021 по делу N 88-4347/2021, 2-3809/2019, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 15.06.2020 N 88-10704/2020, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 11.03.2020 по делу N 88-3659/2020. Количество: 7.

Ложные положительные результаты (решения суда об обоснованности сомнений банка отменено или изменено): отсутствуют. Количество: 0.

Истинно отрицательные результаты (решения суда о необоснованности сомнений банка оставлено без изменения): Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 22.06.2020 N 88-9884/2020. Количество: 1.

Ложные отрицательные результаты (решения суда о необоснованности сомнений банка отменено или изменено): Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 29.07.2020 N 88-11624/2020 по делу N 2-3809/2019, Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 13.07.2020 N 88-9491/2020. Количество: 2.

В нашем случае нам необходимо выяснить, *в каких случаях операции действительно были сомнительными при «положительном» результате исследования суда* (но не вопрос, в каких случаях «положительный» результат исследования суда оказывался при факте сомнительных операций).

Цифровое выражение искомого параметра будет выглядеть следующим образом: 7 / (7+0) = 1, то есть 100%.

**Б) Выборка судебных решений по ситуациям, в которых сомнения банка были в основном обусловлены деятельностью контрагента клиента**

***Обоснование темы выборки****:* по аналогии с банками, которые могут производить обмен денежными средствами между двумя субъектами или производить обмен валют, в которых контрагентом является сам банк, криптообменники также могут осуществлять второй вид деятельности, производя обмен накопленной фиатной валюты на криптовалюту и наоборот.

В случае, когда контрагентом клиента банка выступает криптообменник, банки имеют право при определенных обстоятельствах применить к клиенту меры, предусмотренные 115 – ФЗ. Чуть выше была указана судебная практика, согласно которой деятельность контрагента клиента банка также учитывается при применении соответствующих мер. Применяя данную практику по аналогии, принимая во внимание практику, согласно которой применение к контрагенту клиента мер, предусмотренных 115 – ФЗ, может рассматриваться как фактор, подтверждающий сомнения банка[[23]](#footnote-23), а также судебные решения, в которых указывается, что на банк не могут быть возложены негативные последствия невозможности детального изучения аспектов цепочки контрагент клиента – клиент[[24]](#footnote-24), можно спрогнозировать, что банки смогут применять соответствующие меры при не только подозрительной операции, но при «подозрительном контрагенте – криптообменнике / криптобирже».

***Обоснование выборки судебных решений****:* в данном случае именно по выделенному элементу проблематики найти достаточное количество судебных решений кассационных судов не удалось, как и достаточное количество решений судов апелляционной инстанции в одном субъекте. Это обуславливает то, что выборка произведена по всем подходящим решениям апелляционных судов общей юрисдикции, коих оказалось достаточно.

***Результаты****:*

Истинно положительные: Апелляционное определение Самарского областного суда от 17.05.2018 N 33-5961/2018, Апелляционное определение Верховного суда Республики Татарстан от 10.12.2015 по делу N 33-18929/2015, Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 21.10.2015 по делу N 33-7218/2015, Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 30.09.2015 по делу N 33-6645/2015, Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 26.08.2015 по делу N 33-5300/2015. Количество: 5

Ложно положительные: отсутствуют. Количество: 0.

Ложно отрицательные: Апелляционное определение Самарского областного суда от 26.07.2017 по делу N 33-9042/2017. Количество: 1.

Истинно отрицательные: отсутствуют. Количество: 0.

Отвечая на аналогичный вопрос, цифровое выражение искомого параметра будет выглядеть следующим образом: 5/ (5+0) = 1, то есть 100%.

**В) Выборка по ситуациям, в которых клиент не смог пояснить смысл проведенных операций, что стало основной причиной сомнений банка**

***Обоснование темы выборки****:* не стоит забывать, что операции, связанные с криптовалютами, на настоящий момент имеют, в том числе, инвестиционный характер или характер трейдинга. Трейдинг нередко связан с многочисленными покупками и продажами актива в связи со спекуляциями на нем. Особенно сказанное касается волатильных криптовалют, только появившихся на рынке.

В то же время Банк России в одних из своих Методических рекомендаций применительно к многочисленным покупкам и продажам криптовалют рекомендует признавать такие операции сомнительными (данные рекомендации даны применительно к электронным [[25]](#footnote-25).

Исходя из этого можно спрогнозировать, что лица, которые в течение небольшого промежутка времени покупают и продают криптовалюту, пытаясь уловить тренд, могут столкнуться с применением в отношении них мер, предусмотренных 115 -ФЗ, поэтому интересно посмотреть судебную выборку решений, где клиент банка совершал многочисленные операции и в последующем не смог предоставить банку рациональное и обоснованное объяснение такому поведению.

***Обоснование выборки судебных решений****:* в данном случае не удалось выявить достаточное количество решений судов кассационной инстанции в одном субъекте, что обусловило выборку надлежащих по содержанию решений судов кассационной инстанции по всей стране.

***Результаты****:*

Истинно положительные: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.03.2019 N Ф04-223/2019 по делу N А27-10048/2018, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.02.2020 N Ф07-16557/2019 по делу N А56-2452/2019, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.10.2018 N Ф08-8712/2018 по делу N А32-52635/2017, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.02.2019 N Ф09-9452/18 по делу N А34-450/2018, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.03.2019 N Ф10-997/2019 по делу N А14-8886/2017, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 22.11.2018 N Ф10-4799/2018 по делу N А14-8138/2017. Количество: 6.

Ложно положительные: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.10.2017 N Ф08-6928/2017 по делу N А53-34616/2016. Количество: 1.

Ложно отрицательные: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 09.06.2018 N Ф04-1737/2018 по делу N А46-10552/2017. Количество: 1.

Истинно отрицательные: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15.10.2019 N Ф01-5109/2019 по делу N А82-19289/2018, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19.01.2018 N Ф07-15502/2017 по делу N А52-1421/2017, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.03.2020 N Ф09-597/20 по делу N А60-43042/2019. Количество: 3.

Отвечая на аналогичный вопрос, цифровое выражение искомого параметра будет выглядеть следующим образом: 6/ (6+1) = 0,86, то есть 86%.

**Г) Выборка судебных решений по ситуациям, в которых сомнения банка были в основном обусловлены возможным уклонением от уплаты налогов / отсутствием налоговой выгоды в действиях клиента / иными факторами, присущим налоговым правоотношениям**

# *Обоснование темы выборки:* на данный момент в российском законодательстве в достаточной степени не определена обязанность налогоплательщика – физического лица по уплате налога с операций, связанных с оборотом криптовалюты. Федеральный закон "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 31.07.2020 N 259-ФЗ не определил такую обязанность. В то же время имеется позиция ФНС России, согласно которой такая обязанность возникает применительно к получению вознаграждения по гражданско – правовым договорам, однако такая позиция не является нормативно – правовым актом[[26]](#footnote-26). На данный момент рассматривается Законопроект, который, среди прочего, приравнивает криптовалюту к имуществу в налогово – правовом смысле[[27]](#footnote-27).

Во – первых, стоит учитывать проблемы, которые могут возникнуть при первых опытах применения данных нововведений. (К примеру, в рассматриваемом законопроекте предлагается установить правило, согласно которому при достижении стоимости оборота порогового значения обладатель криптовалюты (интересно, что такая пороговая стоимость совпадает по значению с пороговым значением операций обязательного контроля согласно 115 – ФЗ), должен будет проинформировать налоговый орган о владении такими активами, при этом такое пороговое значение будет зависеть от рыночной стоимости криптовалюты на дату совершения каждой операции. Однако здесь стоит учитывать, что стоимость одной криптовалюты, в отличии от стоимости акций и иных инструментов на бирже, на различных биржах в одно и то же время может различаться. Это обусловлено тем, что криптовалюта и криптобиржи в отличии от традиционных финансовых инструментов и традиционных бирж не попадает под жесткий контроль финансовых регуляторов, что обуславливает то, что пока в одной части света из-за определенных обстоятельств цена криптовалюты поднимается на 5%, на криптобирже на другом континенте такая цена может оставаться неизменной. Такое явление породило отдельный вид трейдеров – арбитражеров, которые зарабатывают на такой разнице. Поэтому представляется затруднительным выработать объективный критерий оценки рыночной стоимости криптовалюты в определенный момент времени. Но о данной проблеме применительно к теме исследования мы скажем чуть позже).

Во – вторых, даже без вышеуказанных проблем судебная практика и сами банки испытывают затруднения при налоговом мониторинге клиента применительно к 115 – ФЗ, о данной проблеме будет сказано чуть позже.

В связи с этим интересно проследить, как судебная практика относится к применению банком мер, предусмотренных 115 – ФЗ, в связи с отрицательными результатами налогового мониторинга клиента.

***Обоснование выборки судебных решений****:* в данном случае не удалось выявить достаточное количество решений судов кассационной инстанции в одном субъекте, что обусловило выборку надлежащих по содержанию решений судов кассационной инстанции по всей стране.

***Результаты:***

Истинно положительные Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.12.2020 N Ф05-20431/2020 по делу N А40-5764/2020, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.12.2020 N Ф05-20291/2020 по делу N А40-313359/2019, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.01.2017 N Ф05-21086/2016 по делу N А40-226881/2015, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.10.2018 N Ф08-8712/2018 по делу N А32-52635/2017. Количество: 4.

Ложно положительные: отсутствуют. Количество: 0.

Ложно отрицательные: отсутствуют. Количество: 0.

Истинно отрицательные Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 06.11.2020 N Ф02-5082/2020 по делу N А19-14128/2019, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 02.03.2017 N Ф02-501/2017 по делу N А19-6316/2016, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 07.11.2017 N Ф04-4382/2017 по делу N А45-2424/2017, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.12.2019 N Ф05-20596/2019 по делу N А40-56843/2019, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.01.2020 N Ф09-8360/19 по делу N А76-18051/2019, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 09.03.2021 N Ф10-305/2021 по делу N А36-3346/2020. Количество: 6.

Отвечая на аналогичный вопрос, цифровое выражение искомого параметра будет выглядеть следующим образом: 4/ (4+0) = 1, то есть 100%.

**Д) Выборка судебных решений, в которых основным фактором для сомнений банка явились звонки контрагента / третьего лица с заявлением о мошенничестве с использованием банковской карты**

***Обоснование темы выборки:*** предложенная тема для выборки является крайне актуальной в связи с вынесенным в прошлом году известном решении Верховного Суда РФ, в котором суд рассмотрел иск СберБанка к продавцу криптовалюты[[28]](#footnote-28). Но в данном случае нам интересна предыстория данного дела: клиент СберБанка обратился в банк с заявлением о мошенничестве, так как раннее мошенники обманным путем получили доступ к ее карте, но успели снять небольшую сумму. После обращения клиента в банк оказалось, что сотрудник банка указал в новом договоре банковского счета, который оформила клиент, чтобы сохранить средства, телефон не клиента, а мошенников. Таким образом, злоумышленники получили доступ к банковскому счету и совершили несколько крупных транзакций по покупке криптовалюты. Таким образом, мошенникам удалось совершить данные транзакции благодаря лишению клиента доступа к мобильному телефону.

Рассматривая данный пример, принимая во внимание судебную практику, указанную в Первой Главе, можно сказать, что предупреждение со стороны клиентов, направленные в банк, в будущем займут ключевое место в комплаенс – деятельности банков применительно к предотвращению отмывания денежных средств с использованием криптовалют. Поэтому интерес представляет судебная практика, в которой ключевым фактором в деле явились сообщения в банк о мошеннических действиях.

***Обоснование выборки судебных решений****:* в данном случае именно по выделенному элементу проблематики найти достаточное количество судебных решений кассационных судов не удалось, как и достаточное количество решений судов апелляционной инстанции в одном субъекте. Это обуславливает то, что выборка произведена по всем подходящим решениям апелляционных судов общей юрисдикции, коих оказалось достаточно.

***Результаты****:*

Истинно положительные: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 26.02.2020 N 02АП-812/2020 по делу N А31-8309/2019, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.02.2018 N 09АП-67201/2017-ГК по делу N А40-101604/17, Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.07.2018 N 11АП-9448/2018 по делу N А55-3448/2018, Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.02.2019 по делу N А57-29809/2017. Количество: 4.

Ложно положительные: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.11.2020 N 09АП-26385/2020 по делу N А40-324556/2019. Количество: 1.

Ложно отрицательные: Отсутствуют. Количество: 0.

Истинно отрицательные: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 04.09.2018 N 08АП-8490/2018 по делу N А46-2860/2018, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.03.2021 N 09АП-2015/2021-ГК по делу N А40-199301/2020. Количество: 2.

Отвечая на аналогичный вопрос, цифровое выражение искомого параметра будет выглядеть следующим образом: 4/ (4+1) = 0,8, то есть 80%.

**Таким образом**, исходя из проведенного исследования с опорой на имеющеюся концепцию вероятности, мы получили результат, согласно которому из всех выявленных «положительных» результатов проверки клиентов банка «истинно положительными» по определенным основаниям оказывались до 100% случаев. Данный вывод, в свою очередь, говорит о том, что банк при обосновании своих сомнений может использовать стандарт доказывания «На первый взгляд» (prima faciе), так как, исходя из вышесказанного, самого по себе наличия вышеуказанных факторов достаточно для применения соответствующих мер без какого – либо дополнительного обоснования. Однако с таким выводом не стоит спешить по следующим основаниям:

**Параграф 4. Обоснование невозможности использования полученных выше результатов с юридической и политико – правовой точки зрения несмотря на их статистическую верность**

Выше мы получили практически во всех случаях идеальный результат, который, на первый взгляд, может быть положен в основу удачного обоснования критериев, которые применялись в судебной практике для рассмотрения дел, связанных рассматриваемыми нами аспектами 115 -ФЗ, как критериев, которые могут быть положены в основу рассмотрения аналогичных дел, но уже связанных с оборотом криптовалюты. Однако такой вывод нельзя сделать по следующим причинам:

Несмотря на то, что автор исследования в вышеуказанных выборках судебных решений постарался показать решения, где конкретный фактор рассматривался как основной, юридически нельзя утверждать, что тот или иной фактор, который позволил банку применить соответствующие меры, может рассматриваться отдельно от иных факторов кейса. Данный довод соответствует устоявшейся судебной практике, согласно которой все выявленные банком факторы риска должны рассматриваться в совокупности[[29]](#footnote-29). С таким подходом судов стоит согласиться, поскольку выделение какого – либо фактора как основного приводило бы к автоматическому применению мер, что не соответствует понятию обоснованных подозрений банка в проведенной операции, значительно ограничивало бы клиента в праве на реабилитацию, значение которого подчеркивается в судебной практике[[30]](#footnote-30). Имеется судебная практика, в которой прямо указывается, что банк должен обосновать подозрения насчет совершенной операции, даже несмотря на ее соответствие критериям, предусмотренным актом Банка России[[31]](#footnote-31), поэтому можно утверждать, что стандарт доказывания «на первый взгляд» в данном случае не подходит.

Кроме того, напомним, что переход к анализу судебной практике был обусловлен также тем, что была показана невозможность такого анализа применительно к решению банка о применении мер, которое является первичным решением, ограничивающим права клиента. Существенным обстоятельством, которое повиляло на результаты исследования, явилось то, что поиск «истинно положительных» результатов среди всех имеющихся «положительных» результатов производился с опорой на судебное решение как объект проверки, что обусловило то, что за рамками исследования осталось значительное количество судебных дел, в которых суд первой инстанции признал действия банка незаконными, и такое решение не было предметом обжалования. Данный недостаток не позволяет положить полученные «стопроцентные» результаты в основу обоснования новых критериев применительно контролю оборота криптовалюты.

Проведенное исследование, тем не менее, позволило нам найти вызовы, которые предлагает оборот криптовалюты законодательству и судебной практике, позволило найти нам интересные особенности оборота криптовалюты, которые требуют разрешения новых задач, которые ранее ни законодатель, ни правоприменитель не разрешал на должном уровне.

***Промежуточные итоги:***

Все вышесказанное говорит о том, что имеющиеся в законодательстве, судебной практике, актах Банка России критерии, которые позволяют применить меры, предусмотренные 115 – ФЗ несмотря на то, что они могут *быть объяснены с точки зрения теории вероятности*, *не могут быть проверены с точки зрения теории вероятности в строгом смысле слова*.

Кроме того, в процессе исследования были выявлены новые особенности, с которыми могут столкнуться банки, контролирующие органы, суды при применении 115 – ФЗ.

В связи с этим применительно к такой относительно новой для российского права темы как оборот криптовалюты требуется исследование и дополнительное обоснование критериев, которые могут быть использованы правоприменителем при работе с законодательством ПОД / ФТ.

Но прежде, чем переходить к таким критериям и их обоснованию, автору работы хотелось бы сказать несколько слов о возможности применения концепции судебного усмотрения в рассматриваемых делах.

**Глава 2. Обоснование неудачности концепции судебного усмотрения в рассматриваемом вопросе**

В литературе хорошо описан случай, когда пользователям телефонов компании Apple при прослушивании предлагалась музыка, которая генерируется программным обеспечением, и в данных подборках встречались композиции, которые повторялись дважды или трижды. Пользователи стали жаловаться на данные проблемы, так как *считали, что музыка генерируется не случайным образом*. Стив Джобс, комментируя данную ситуацию, сказал, что после данного инцидента компания *сделала подборку менее случайной, чтобы пользователям подборка казалась более случайной[[32]](#footnote-32)*. На этом примере обычно показывают, что лица, имеющие какие – либо представления и верования, начинают думать о существовании какой – либо логической последовательности, хотя ее на самом деле не существует.

Судьи также являются подверженными стереотипами, не стоит говорить о многочисленных экспериментах в данной области, достаточно сослаться на знаменитый роман Харпер Ли «Убить пересмешника».

Между тем, в юриспруденции существует целое теоретическое направление «реальной школы юриспруденции», которое отстаивает тезис о том, что суд творит право, и именно судебное усмотрение является необходимой дискрецией для разрешения спорных юридических ситуаций.

Насколько суд может реально оценить операции в сфере финансового рынка на предмет соответствия законодательства ПОД / ФТ? Не будут ли они предвзято относится к данным операциям, презюмируя при определенных обстоятельствах взаимосвязь операций, связанных с оборотом цифровой валюты, и нарушения законодательства ПОД / ФТ?

Здесь стоит обозначить следующие уже практические аспекты указанной проблемы:

Для всестороннего исследования выделенного элемента проблемы не обойтись без исследования статистики отношения граждан к цифровой валюте и обороту цифровой валюты, поскольку в отсутствии должного правового регулирования общий настрой общества может влиять на мнения судьи по конкретным делам.

Имеется следующая статистическая информация по поводу использования цифровых валют как средства незаконного отмывания денежных средств:

С одной стороны, имеются внушительные данные по поводу цифр отмывания денежных средств через механизмы цифровой валюты, к примеру в Великобритании, такой объем составляет 5,5 миллиардов долларов в год[[33]](#footnote-33).

С другой стороны, если представить объем отмывания денежных средств с использованием цифровой валюты от общего количества отмывания денежных средств, то можно увидеть следующую диаграмму[[34]](#footnote-34):

*Диаграмма 1. Процент незаконного отмывания денежных средств с использованием фиатной и цифровой валюты.*

Однако, если мы касаемся не менее важного аспекта проблемы, а именно в целом знаний о функционировании цифровой валюты, то результаты опросов будут примерно следующие[[35]](#footnote-35):

*Диаграмма № 2. Соотношение понимания механизма оборота и сущности цифровой валюты.*

Кроме того, не стоит забывать, что суды при вынесении решений будут руководстоваться не только нормативными положениями и иной судебной практикой, на которые можно сделать ссылку в мотивировочной части судебного решения. На принятия решения будет также влиять и материалы, которые судьи будут находить в справочно – норматиных базах. Здесь стоит напомнить, что Банк России двухкратно в своих информационных письмах напоминал, что операции с цифровой валютой несут в себе большие риски, а банкам необходимо проявлять повышенное внимание к данным операциям[[36]](#footnote-36).

Применительно к социальным экспериментам в юриспруденции данный тезис иллюстрирует проведенный опыт, где студентов – юристов, которых изначально опрашивали об их отношении к смертной казни, помещали в условия противоположного информационного вакуума (например, если студент положительно относился к данному наказанию, то ему давали читать многочисленные материалы с противоположной оценкой). В ходе проведенного эксперимента будущие юристы не только не поменяли свое мнение, но и укрепили прежние взгляды, при этом, утверждая то, что они внимательно проанализировали приведённые материалы[[37]](#footnote-37).

На практике проблема проявляется также в том, что в области применения 115 – ФЗ не имеется однозначной судебной практики, а существующие разъяснения и рекоммендации Банка России не только не способствуют унификации, но и вносят дополнительную неясность в правоприменительную практику. Данный тезис применительно к оброту цифровой валюты с опорой на судебную пратиктику по аналогичным вопросам можно проиллюстрировать следующим:

Банк России в одном из своих последних Писем, посвященном ответам на вопросы по поводу контроля банками операций, связанным с оборотом цифровой валюты, на вопрос о минимальном объеме информации, необходимом для оценки налогвой нагрузки клиента[[38]](#footnote-38), указал, что кредитная организация в рамках изучения деятельности клиента на основании своих собственных разработанных правил внутреннего контроля, должна самостоятельно оценить реальных возможностей клиента с объемом проведенных операций[[39]](#footnote-39).

Автор работы указывает, что на праатике уже имеется проблема понимания аналогичных разъяснений. К примеру, одно наравление судебной практики указывает, что анализ налоговой деятельности клиента возможен, и при определенных обстоятельствах из такого анализа следует вывод, что подозрения банка обоснованны[[40]](#footnote-40). С другой стороны, имеется судебная практика, которая скептически относится к проведению банком налогового анализа, указывая, что банк не может подменять собой фискальный орган[[41]](#footnote-41). Все это на практике приводит не только к неусточивому положению клиентов банка, которые не могут однозначно оценить возможность применения к себе налогового мониторинга банка, но и создает проблемы для банковского сектора, который испытывает затруднения при формировании критериев для прлверки операций в своих правилах внутреннего контроля.

На основе данной статистики можно сделать следующие выводы по поводу возможного правоприменения:

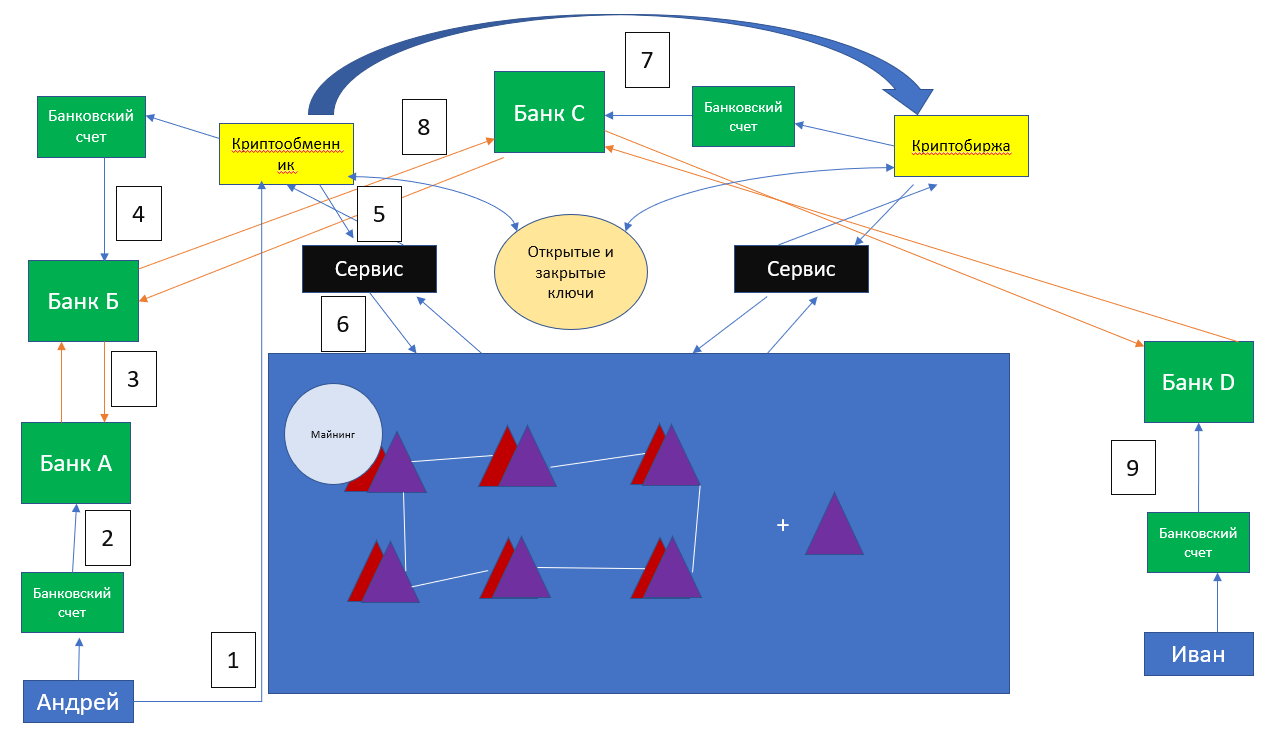
**Изучение новой для судов области может сгладить негативные эффекты, но, учитывая общий фон, связанный перевесом негативного отношения регулирующих органов к обороту цифровой валюты, можно спрогнозировать в целом тенденциозное отношение судов к данного рода операциям, поэтому не стоит отдавать разрешение поставленной нами проблемы на исключительно на откуп судебной практики.**

**Глава 3. Криптообменники и криптобиржи; игровые токены, платежные бонусы**

Как было показано Первой Главе судебная практика РФ исходит из тезиса, что при определенных обстоятельствах информация о контрагенте клиента банка может быть важной для принятия решения об обоснованности применения к клиенту мер, предусмотренных 115- ФЗ.

Данный тезис применительно к таким контрагентам клиента как криптообменники и криптобиржи приобретает особый значимый характер. Дело не только в том, что, как мы указывали выше, ЦБ РФ обращает внимание, что схемы отмывания денежных средств с использованием платежных карт и электронных средств платежа проводятся в адрес, в том числе, криптообменников, и данные разъяснения могут подкрепить такую практику о контрагенте клиента в рассматриваемой области, но также и в том, что, как мы рассмотрим чуть дальше, даже в самых новых рекомендациях международных неправительственных организаций прямо указывается, что контролирующие органы должны обращать внимание на упомянутых субъектов, к ним предъявляются отдельные, зачастую повышенные требования. Но прежде, чем переходить к анализу укажем на схему проведения операции с криптовалютой с участием банка, чтобы точнее представлять схему взаимодействия банк – клиент – контрагент банка в данной ситуации.

*Рисунок 2. Схема операций с криптовалютой с использованием банковских счетов (карт).*



*Условные обозначения:*

1. Покупатель входит на платформу о осуществляет обмен фиатной валюты на криптовалюту

**«Денежная часть»:**

1. Банк клиента списывает средства со счета клиента
2. Банк клиента через корреспондентские отношения (в нашем случае отношения могут быть также теоретически усложнены дополнительными банками в цепочке) зачисляет средства на корреспондентский счет банка, обслуживающего криптообменник
3. Банк криптообменника зачисляет средства на счет криптообменника (в данном случае цепочка может быть также дополнительно усложнена за счет того, что криптообменник выступает в качестве посредника между покупателем и продавцом криптовалюты, в таком случае потребуется дополнительное звено в виде перевода на счет покупателя / продавца)

**«Цифровая часть»:**

1. Как правило, криптообменник и систему блокчейн связывают специальные сервисы, которые передают информацию о транзакции в систему
2. Сервис передает информацию в систему блокчейн, где информация в виде блока (о том, что субъект с определенным номером «открытого ключа» является владельцем токена) присоединяется к остальным блокам

Далее аналогичные операции совершаются таким же образом при дальнейшей передаче криптовалюты иному лицу за фиатные деньги на криптобирже (шаги 7,8,9).

На данный момент самый полный обзор на имеющиеся критерии, которыми должны руководствоваться банки и иные контролирующие органы, представила такая международная неправительственная организация как Группа разработки финансовых мер по борьбе с отмыванием денег (ФАТФ). В Рекомендациях, касающихся криптвалют и деятельности операторов криптовалютных серверов[[42]](#footnote-42), указаны на следующие ключевые моменты в отношении аспектов регулирования данных активов и субъектов:

- Государства должны придерживаться дифференцированного подхода к регулированию, несмотря на риски, присущие криптооперациям, недопустимо создавать прямо дискриминационные условия (пункт 28);

- Возможно при оценке рассматриваемых рисков руководствоваться географией местонахождения субъектов (пункт 30);

- Возможно учитывать технологические особенности субъектов, архитектуру конкретных проектов (в частности, возможно учитывать имеется ли возможность личного присутствия клиента при совершении операций, связи компании) (пункт 31);

- Также необходимо учитывать, что согласно рассматриваемым Рекомендациям страны могут вводить требования о проведении криптообменниками и криптобиржами процедур идентификации. При этом анализ Рекомендаций позволяет сказать, что требования к идентификации клиента предъявляются на уровне, принятом для финансовых организаций (в частности, требуется сбор имени, фамилии клиента, даты рождения, номеров и реквизитов документов, иные персональные данные, необходимые для идентификации) (пункт 93);

- Страны могут вводить требования о лицензировании рассматриваемой деятельности (пункт 84);

- Страны могут вводить требования об обязательном хранении документации для криптообменников и криптобирж на срок не менее, чем пять лет (пункт 101). При этом само по себе применение технологии блокчейн недостаточна для признания факта надлежащего хранения информации (пункт 102);

- Возможно предъявлять требования, связанные с установлением системы управления рисками, связанные с установлением определенного профиля клиента и системой реагирования на отклонения от такого профиля (пункт 182);

- Возможно установление требований к технологическим системам рассматриваемых субъектов (пункт 183).

Учитывая то, что Рекомендации устанавливают определенный уровень требований к межгосударственному взаимодействию и межведомственному взаимодействию государств, то можно спрогнозировать, что в ближайшем будущем банки и суды в России будут выносить конкретные решения, связанные с применением 115- ФЗ, по большой части, опираясь на вышеуказанные критерии. При этом в данном случае мы не сталкиваемся с такой проблемой как публичное раскрытие критериев комплаенса, поскольку в данном случае такие критерии фактически опубликованы, и, кроме того, практически единственным негативным фактором, который можно было бы выделить при раскрытии вышеупомянутых критериев, является то, что криптообменники и криптобиржи, которые соответствуют всем данным критериям, будут пользоваться меньшей степенью подозрительности со стороны банков, а значит, скорее всего, станут мишенью для преступников. Однако данная проблема на практике разрешается тем, что организации, которые могут позволить себе соответствовать всем указанным критериям, имеют сильное комплаенс – направление, что позволяет им самостоятельно справляться с притоком лиц, желающих легализовать денежные средства.

Вышеуказанное во взаимосвязи с тезисом, который мы поставили в Первой главе (о том, что нельзя с точки зрения политико – правовых причин и особенностей статистики выводить какие – либо нормы в части регулирования ПОД / ФТ в сфере криптообмена исключительно с опорой на статистику правоприменения), показывает, что международное сообщество пытается предъявить к субъектам сопровождения криптотранзакций строгие требования, которые и раньше встречались в практике ПОД / ФТ. Однако, как уже было анонсировано, применение прежних стандартов страдает недостатком, который выражается не только в невозможности строгой статистической проверки, но и в том, что прежние подходы не в полной мере разрешают новые практические вызовы.

Как можно заметить, до настоящего момента автор работы не ставил вопроса об юридических определениях понятия криптовалюты и криптообменников и криптобирж. Дело в том, что автору работы не хотелось бы рассуждать об этом в теоретическом ключе, а сейчас мы можем показать, каким образом юридические определения могут влиять на конкретные практические проблемы.

# В статье 1 Федеральный закон "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 31.07.2020 N 259-ФЗ[[43]](#footnote-43) указывается, что цифровой валютой признается *совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения)*, содержащихся *в информационной системе*, которые *предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа*, *не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей*, и (или) *в качестве инвестиций* и *в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы*, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам.

# Рассмотрим данное определение более подробно:

# Первая часть определения содержит ссылку на совокупность электронных данных. Данный аспект не несет в себе достаточной юридической нагрузки, так как в иных нормативных актах не содержится определения электронных данных. Представляется, что в этом не имеется необходимости, поскольку данный аспект несет в себе исключительно технический характер.

# Понятие информационной системы содержится в статье 2 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" от 27.07.2006 N 149-ФЗ[[44]](#footnote-44), согласно которой информационная система - совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств. Данное определение позволяет включать в себя любое множество элементов, которые содержатся в одной базе данных и соединены технологически, из-за чего представляют единство.

# Понятие средства платежа не содержится в нормативных актах РФ, понятие электронного средства платежа, которое содержится в законодательстве о национальной платежной системе, не может быть применено по аналогии, поскольку электронное средство платежа – это *средство распоряжения* иными средствами. В данном случае речь идет о том, что цифровая валюта сама по себе является платежным инструментом, то есть средство платежа здесь понимается как основная функция денег и их аналогов.

# На данный вывод косвенно указывает и следующая часть определения, в которой говорится, что такое средство платежа не должно являться какой – либо признанной валютой.

# Следующее указание на то, что цифровая валюта может быть использована в инвестиционных целях, не добавляет данному определению какого – либо содержания, поскольку понятие инвестирования также не является устоявшемся.

# Далее в определении речь идет о том, что, когда речь идет о цифровой валюте, не имеется какого – либо лица, которое было бы обязано перед обладателем таких электронных данных. Далее речь идет о некоторых исключениях, в частности, об операторах системы и узлах системы. Под оператором информационной системы понимается гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных[[45]](#footnote-45). Указание на узлы информационной системы является попыткой сослаться на принцип работы блокчейна, в котором информация, попадающая в систему, присоединяется к иным блокам системы.

# При этом нам также интересно проанализировать иные «информационные определения», содержащиеся в российском праве. Чуть позже укажем почему.

# Согласно уже рассмотренной нами статье цифровыми финансовыми активами признаются цифровые права, *включающие денежные требования, возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг*, которые предусмотрены решением о выпуске цифровых финансовых активов в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, выпуск, учет и обращение которых возможны только путем внесения (изменения) записей в информационную систему на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы.

# Данное определение призвано положить начало регулированию ICO в России. ICO – это процедура, аналогичная IPO, только вместо «юридической части бизнеса», которую получают акционеры, в данной процедуре участники получают токен в информационной системе (так как компания фактически существует только в сети «интернет») взамен на долю в данном проекте, либо будущие доходы от данного проекта (некий аналог неголосующих акций). В виду того, что аналитика цифровых финансовых активов выходит за рамки исследования, отметим лишь то, что, согласно российскому закону, такие цифровые права могут включать в себя *денежные требования, возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг.*

# Также согласно статье 141.1 ГК РФ цифровыми правами признаются названные *в таком качестве в законе* обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу.

# Данное определение служит отправной нормой для описания цифровых прав, названных в законах. Речь идет о цифровых правах в смысле такого явления как краудфандинга. Анализ данного явления также выходит за пределы исследования.

# Таким образом, соотношение «цифровых определений», согласно российскому праву, можно выразить следующим образом:

# *Рисунок 3. Графическое изображение «цифровых определений»*

ЦФА

Краудфандинг

- Определены в законе

- Обязательства владельца ИС

Цифровые права

# 

ЦФ

- Нет обязанного лица, кроме оператора

- Средство обмена

Что касается субъекта деятельности криптооборота, то статья 10 рассматриваемого нами Закона содержит незамысловатое определение, согласно которому оператор обмена цифровыми активами обеспечивает *заключение сделок с цифровыми финансовыми активами путем сбора и сопоставления разнонаправленных заявок на совершение таких сделок либо путем участия за свой счет в сделке с цифровыми финансовыми активами в качестве стороны такой сделки в интересах третьих лиц*.

Отметим, что согласно рассмотренным ранее Рекомендациям ФАТФ определение цифровой валюты и оператора обмена цифровой валюты выглядит похожим образом.

Рекомендации вводят понятие виртуальных активов (VA), которые определяются как цифровое ***представление стоимости***, которое может быть продано или передано в цифровом виде и может быть использовано в платежных или инвестиционных целях. Виртуальный провайдер цифровых активов (VASP) определяется как юридическое или физическое лицо, которое осуществляет закрытый перечень операций с финансовыми активами, в частности, обмен фиатной валюты на криптовалюту и наоборот (пункт 33 Рекомендаций).

Однако проблема субъекта, который производит данные действия с криптвалютами, более всего интересно проявляется на примере следующей рекомендации ФАТФ:

*Гибкость особенно актуальна в контексте деятельности криптоактивов, которая включает в себя широкий спектр продуктов и услуг в быстро развивающейся области. Некоторые предметы — или токены — которые на первый взгляд не являются криптоактивами, на самом деле могут быть крипптоактивами,* ***которые позволяют передавать или обменивать ценности*** *или* ***облегчать отмывание средств или финансирование терроризма****. Некоторые ICO, например, связаны с “игровыми токенами” или включают их, иные “игровые токены” могут использоваться для запутывания потоков транзакций между игровым токеном и его обменом или переводом в криптоактивы. Вторичные рынки также существуют как в секторе ценных бумаг, так и в сырьевом секторе для “товаров и услуг”, которые являются* ***взаимозаменяемыми и передаваемыми****.* **Например***, пользователи могут производить и приобретать определенные виртуальные предметы, которые на самом деле* ***являются хранилищем ценностей или сами по себе являются ценностями****, и* ***которые могут быть проданы как ценность в пространстве криптоактивов***(рекомендация 50).

Чтобы проиллюстрировать конкретные проблемы приведем несколько показательных примеров:

1. NFT.

NFT – это незаменяемый токен, который был построен на платформе блокчейн, на который был выпущена монета Эфириум. Отличие данного токена в отличии от иных токенов на иных блокчейнах состоит в том, что данный токен уникален (очень условно можно сравнить с хранилищем алмазов) в отличии от всех иных токенов, в частности, биткоина (такую систему можно также очень условно сравнить с хранилищем денежных средств).

Благодаря его незаменяемости к данному токену можно «привязывать» путем соответствующей технической операции предметы реального мира – картины и даже изображения котов[[46]](#footnote-46).

Далее в рассматриваемой системе можно совершать соответствующие операции: передавать незаменяемые токены друг – другу через заключение сделок в мире реальном. Из-за этого ценность предметов реального мира, как правило, повышается в разы.

Данная особенность этого токена зачастую используется в схемах по отмыванию денежных средств, например, *известный счет с большими налоговыми обязательствами покупает токен у неизвестного аккаунта, а затем перепродает третьему счету по значительно более низкой цене, получая убыток, который компенсирует вышеупомянутые налоговые обязательства*[[47]](#footnote-47). Некоторые эксперты называют рассматриваемый токен самым опасным с точки зрения рисков ПОД/ ФТ[[48]](#footnote-48).

Как следует из вышесказанного, ключевым фактором с точки зрения российского права для определения токена как криптвалюты является то, что данный токен может являться средством платежа и отсутствует лицо, обязанное перед владельцем токена. Не стоит вдаваться в подробную аргументацию, чтобы понять, что NFT полностью попадает под данные критерии.

1. Игровые токены

Что касается игровых токенов, то стоит упомянуть, что в 2012 году Европейский центральный банк включил в свой обзор по виртуальным валютам такие токены как Linden Dollar из игры Second Life[[49]](#footnote-49). Суть данной игры заключается в том, что игрок может по – настоящему симулировать вторую жизнь и заключать сделки с иными игроками: от покупки земельного участка до заключения агентских договоров. В 2009 году рассматриваемая расчетная единица достигала оборота в полмиллиарда долларов. Разумеется, такой уже вполне «реальный виртуальный» мир является желаемой целью для отмывания денежных средств.

Реальные факты отмывания денежных средств и использование игровых в преступных целях можно проиллюстрировать также на примере популярной игры Clash of Clans, в которых мошенники использовали подставные кредитные карты для покупки игровых персонажей, а затем перепродавали их другим людям[[50]](#footnote-50). К слову скажем, что автор данного исследования как один из игроков названной данной игры проанализировал правила игры в официальном приложении, и согласно последнему купли – продажа / уступка прав на аккаунт или персонажа игры. Это хорошо иллюстрирует то, что частно – правовое регулирование зачастую имеет право не видеть какую – либо сущность в качестве объекта, а вот право публичное это делать не вправе. Но об этом подробней скажем чуть позже.

1. Бонусы, «платежные» учетные единицы

В российском законодательстве не имеется легальной дефиниции понятия «бонусов» или «платежных» учетных единиц, в научной литературе[[51]](#footnote-51) и судебной практике[[52]](#footnote-52) можно встретить довольно простое определение, которое констатирует, что рассматриваемые категории являются начисляемыми клиенту виртуальными единицами, которые существуют в какой – либо системе, посредством которых клиент и иное обязанное лицо (например, розничный продавец) реализуют определенную программу лояльности.

На первый взгляд, бонусная система имеет далекое отношение в проблеме отмывания денежных средств, тем более, с использованием виртуальной валюты. Данный тезис подкрепляется также тем, что не имеется какой – либо отечественной судебной практики по поводу рассмотрения аналогичных дел, связанных с бонусами. Однако отсутствие практики не означает того, что она не может быть сформирована в будущем при определенных предпосылках. Для того, чтобы показать, что такие предпосылки имеются, необходимо показать, что именно отличает бонус как учетную единицу и криптовалюту.

Предлагаем в таблице сначала сравнить наиболее сущностные сравнительные характеристики (сферу существования, правовая природа, экономический смысл), а потом сравнить по критериям, которые называет ФАТФ в Рекомендации № 50 (токены могут сами являться ценностями или позволять передавать ценности).

*Таблица № 2. Сравнительная характеристика бонусов и криптвалюты*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Критерий сравнения** | **Бонусы** | **Криптовалюта** |
| Сфера существования | Информационная система | Информационная система – блокчейн |
| Правовая природа (в РФ) | Учетная единица, которая является «юнитом» в системе лояльности (судебная практика признает возможность восстановления / возвращения данных бонусов, выводя такую возможность из конструкции договора возмездного оказания услуг или иных договорв) | Цифровая единица в системе блокчейн, которая может быть использована как средство платежа, но не являющееся официальным платежным средством |
| Экономический смысл | Стимулирование покупателя, маркетинговый смысл | Децентрализованная валюта |
| Могут позволять передавать ценности или сами являться ценностями | +  К примеру, многие баллы согласно принятым эмитентом правилам лояльности могут быть переданы другому клиенту / куплены у другого клиента | + |

Как можно увидеть из вышеуказанной таблицы, бонусы и криптовалюта имеют довольно существенные различия с точки зрения первых трех критериев сравнения: поэтому имеющееся в законе определение подверглось критике с точки зрения смешения криптовалюты с иными токенами[[53]](#footnote-53). Позволим себе не согласиться с данной критикой по следующему основанию:

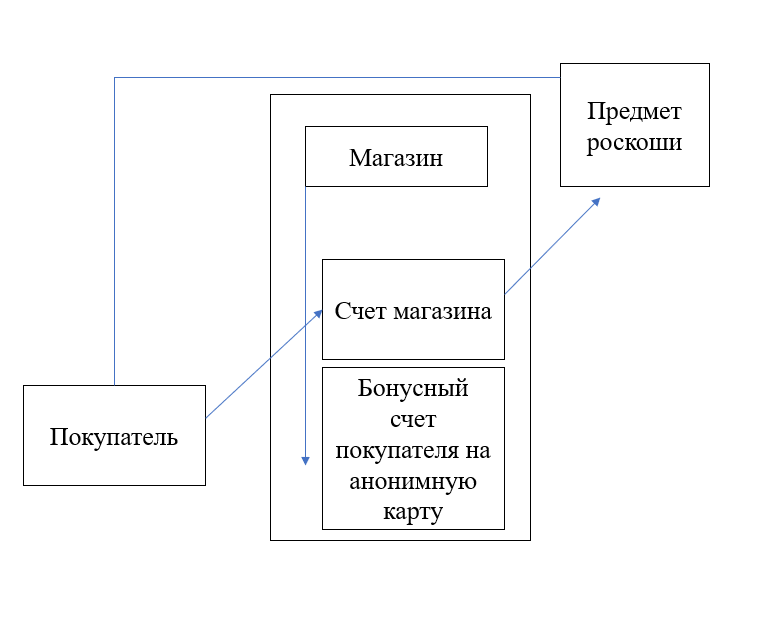
Исходя из сложившейся судебной практики как игровые токены[[54]](#footnote-54), так и бонусные баллы[[55]](#footnote-55) являются элементами договора оказания услуг и иных договоров, в связи с этим такие цифровые данные, даже если они построены на технологии блокчейн (частный централизованный блокчейн), имеют также и обязанного по ним лица – сервис – владельца информационной системы. Таким образом, принятое в законе определение старается очертить отношения, связанные именно с публичным блокчейном. Возможно, с цивилистических позиций такой подход является нерациональным – так как, например, любой токен, построенный на публичном блокчейне, который может рассматриваться как средство платежа (а как средство платежа может быть теоретически рассмотрено все что угодно), автоматически попадет под довольно строгие ограничивающие оборот правила (в частности, запрет рекламы).

Однако, именно с точки зрения законодательства ПОД / ФТ, такое определение является, наоборот, излишне узким. Это объясняется следующим:

Жесткое регулирование в части законодательства ПОД / ФТ и жесткие Рекомендации ФАТФ в этой части, как мы можем видеть из соответствующих текстов, обусловлены *анонимностью и плохой контролируемость*ю оборота цифровой валюты. В этой части рассмотренные нами особые виды криптвалюты, игровые токены и даже бонусы также могут обладать такими характеристиками. Кстати, предположим, что именно в связи с данными характеристиками в российском гражданском праве отсутствует легальное определение понятия бонусов, судебная практика консервативно относится к идее признания игровых токенов как отдельных объектов прав: все это приведёт ко включению данных токенов в оборот в отсутствии должных публично – правовых методов контроля.

Чтобы не оставаться голословным применительно к возможным схемам отмывания средств, связанной с бонусными баллами, в пример можно привести следующую теоретическую схему:

*Рисунок 4. Возможная схема отмывания средств с использованием бонусов*



*Пояснения:*

Как видно, покупатель может приобрести в магазине какой – либо товар и получить на анонимную бонусную карту сколь угодно бонусных баллов, деньги зачислятся на счет продавца, а баллы – на счет покупателя в информационной системе. Далее покупатель может «приобрести» предмет роскоши, используя бонусные баллы – денежными средствами за это заплатит продавец, руководствуясь соответствующим соглашением с продавцом предмета роскоши, а бонусные баллы спишутся с баланса покупателя. Если информационная система продавца подразумевает анонимность, то истинного покупателя предмета роскоши установить представляется затруднительным.

В связи со всем вышесказанным возможно предложить включить в Федеральный закон "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации", во – первых, изменения, связанные с терминологией: возможно предложить значительно упростить определение провайдеров цифровой валюты и самой цифровой валюты, поскольку, на наш взгляд, ничто не определяет блокчейн лучше, чем ссылка на самое название «блокчейн». Во – вторых, возможно предложить включить в закон понятие игрового токена и владельца информационной системы, в которой имеются игровые токены. Представляется, что на законодательном уровне возможно не включать подробное определение владельца информационной системы, в которой имеются игровые токены, так как такой владелец может быть определен как разработчик игры или лицо, которое имеет исключительные права на игру как составное произведение – данные сведения не являются закрытыми благодаря тому, что в «магазинах приложений» такие данные доступны любому желающему. Также возможно предложить включить в Закон понятие бонуса и лица, осуществляющего реализацию товаров, работ и услуг с использованием бонусов. Представляется вполне допустимым в определении сослаться на «фактический обмен» бонусов на денежные средства, товары, работы или услуги, так как механизм такого обмена хорошо ясен участникам оборота, кроме того, ссылка на юридический механизм такого обмена является довольно громоздкой, на наш взгляд, такая ссылка может быть выражена в разъяснениях соответствующих государственных органов, например, Росфинмониторинга.

Среди новшеств можно предложить закрепить за владельцами информационных систем, в которых имеются игровые токены, и за лицами, осуществляющими деятельность по реализации товаров, работ или услуг, с использованием бонусов, обязанность авторизировать пользователей / клиентов по номеру телефона. Данная необходимость обусловлена тем, что, как было показано, с использованием данных токенов может происходить легализация денежных средств. Это обуславливает необходимость применения в данной сфере механизмов законодательства ПОД / ФТ. Однако традиционные механизмы идентификации, которые обязательны для выполнения кредитными организациями и провайдерами цифровой валюты, для рассматриваемых субъектов могут оказаться фатальными. Не стоит ссылаться на какие – либо исследования для того, чтобы показать, что регистрация у розничного продавца для использования бонусов по паспорту с последующей процедурой идентификации; что такая же регистрация и идентификация в он – лайн игре могут свести на нет весь клиентский спрос, чем значительно заденет сферу российского бизнеса в этих зонах.

Кроме того, такие более лояльные меры соответствуют как Рекомендациям ФАТФ, так и конституционно – правовым требованиям соразмерности ограничения прав. В российском законодательстве также уже существуют примеры необходимой идентификации пользователей по номеру телефона – например, в рассмотренном Законе об информационных технологиях прямо указывается на обязанность Организатора распространения информации в сети «Интернет», который также является сервисом обмена сообщениями, идентифицировать пользователя с использованием мобильного номера телефона.

Отметим, что все предлагаемые нововведения касаются только публично – правовой стороны вопросы и должны быть включены Закон в статье, посвященной изменениям в законодательстве ПОД / ФТ. Не исключено, что в российском праве могут появиться иные определения рассмотренных понятий в гражданско – правовых отношениях.

**Блокчейн и криптовалюты:**

*Под понятием цифровой валюты понимается электронные данные, которые содержатся в информационной системе «блокчейн», и которые могут служить средством обмена ценностей и (или) сами по себе являться ценностью.*

*Под понятием провайдера цифровой валюты понимается юридическое лицо, которое либо (1) предоставляет иным лицам платформу для поиска контрагента по сделкам, связанным с оборотом цифровой валюты, и для осуществления таких сделок, либо (2) является контрагентом клиента по сделкам, связанным с оборотом цифровой валюты (криптообменник); либо (3) осуществляют обмен цифровой валюты посредством заключения договоров из разнонаправленных заявок (криптобиржа).*

*Провайдер цифровой валюты может являться юридическим лицом, деятельность которого подлежит лицензированию. Провайдер цифровой валюты должен производить идентификацию согласно требованиям настоящего Федерального закона, установленных для кредитных организаций.*

**Игровые токены:**

*Под игровым токеном понимаются электронные данные, которые содержатся в информационной системе, и которые служат аналогом ценности в виртуальном игровом процессе.*

*Владельцы информационных систем, в которых имеются игровые токены, обязаны допускать пользователей к пользованию такой информационной системой только после авторизации с использованием абонентского номера.*

**Бонусы:**

*Под бонусом понимается электронные данные, которые содержатся в информационной системе субъекта, осуществляющего реализацию товаров, работ или услуг, и которые позволяют производить фактический обмен таких электронных данных на денежные средства, товары, работы или услуги.*

*Лица, осуществляющие деятельность по реализации товаров, работ или услуг, с использованием бонусов обязаны производить любые действия с бонусами (учет, начисление, списание бонусов, иные действия) только после авторизации контрагента в информационной системе как владельца бонусов с использованием номера телефона.*

Предвосхищая возможную критику с опорой на то, что авторизация по номеру телефона не представляет собой надлежащий способ идентификации и то, что данные положения можно распространить только на субъектов на территории РФ, отметим, что разрешение данных проблем будет представлено в Третьей Главе.

**Глава 4. Доказывание обоснованных сомнений в проведенных клиентом операциях**

Когда мы заходим торговать на биржу через брокера, с которым у нас заключен договор брокерского обслуживания, мы можем быть уверены, что несмотря на то, что, допустим, акции Apple, которые изначально вышли на IPO на американской бирже NASDAQ, и которые успешно торгуются там по сей день, мы покупаем на Санкт – Петербургской бирже, цена данных акций на отечественной бирже не сильно отличается от цены этой же акции на зарубежной. Автору данного исследования не удалось выявить за последние годы информацию о расхождении таких цен более, чем на одну десятую процента.

Такое соответствие обусловлено следующим:

Во – первых, деятельность бирж и эмитентов ценных бумаг контролируют специальные органы, которые отслеживают манипуляции на финансовом рынке. Зная о данном контроле, сами биржи часто вводят внутренние правила касаемо торгов при определенном ценообразовании, например, биржа при сильном скачке цены акции имеет право приостановить торги.

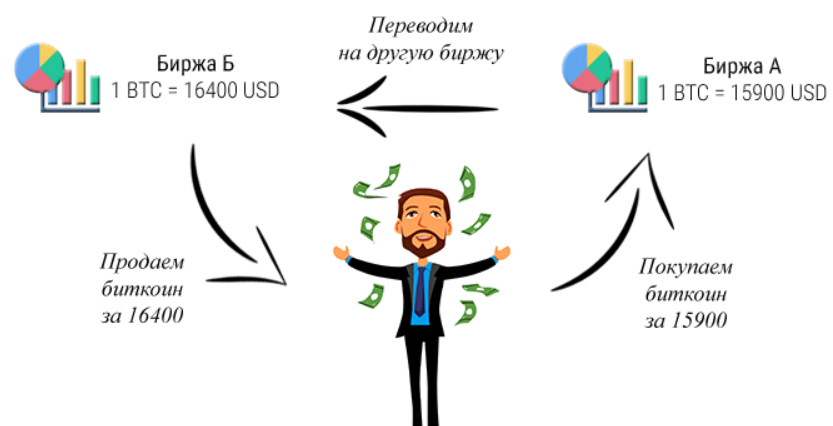
Во – вторых, имеет место эффект «ликвидности сильного»: данный эффект означает, что акции на ее «родной» бирже задают тренд цены, так как на такой бирже больше всего покупателей и продавцов, а именно последние путем спроса и предложения формируют цены, а покупатели и продавцы на иных биржах ловят данный тренд.

В – третьих, на данный момент можно говорить о целом сообществе трейдеров акциями, так как переход большинства брокеров на он – лайн режим способствует тому, что трейдеры могут прогнозировать поведение друг – друга и самостоятельно способствовать одинаковой цене акции. Например, в российском трейдерском сообществе принято считать, что российские трейдеры, начиная с 7:00 (время открытия торгов в России) пытаются «догнать» цену акции, установленную в момент закрытия американских торгов (время закрытия: 23: 00 прошлого дня).

На криптобиржах не имеется таких предпосылок, что обуславливает то, что зачастую цены на таких биржах на одну криптовалюту различаются в одно и тоже время. Самым ярким примером, когда цены на одной криптобирже сильно отличались от другой, является пример резкого скачка цены биткоина на африканской бирже Golix (более чем в три раза чем средняя цена по рынку)[[56]](#footnote-56). Такой большой скачок цены на биткоин был обусловлен гиперинфляцией в стране, где располагалась биржа – в Зимбабве, покупательная способность доллара падала, а вот цена альтернативной цифровой валюты стремительно шла вверх.

Данные особенности крипторынка обусловили то, что на данном рынке в более массовых объемах имеет место такой вид трейдинга как арбитраж. Суть данного вида трейдинга состоит в том, что клиент покупает криптовалюту на одной бирже, а потом продает на иной, и зарабатывает на разнице сделок.

*Рисунок № 2. Схема трейдинга путем арбитража на рынке криптовалют[[57]](#footnote-57)*



Вышеуказанная картинка не случайно напоминает замкнутый круг, поскольку трейдер в этом случае выполняет такие операции многократно, зачастую, по несколько десятков операций в день. Учитывая все сказанное в Первой Главе, можно задать закономерный вопрос: каким образом Банки, учитывая такие признаки данных операций как многократность и совершенные с участием криптобирж / криптообменников, будут расценивать данные операции? Во многом риторический характер данного вопроса предопределяет также следующее:

Дело в том, что зачастую инвестор не является таким довольным как на нашей первой картинке, и терпит большие убытки, во – первых, из – за собственных просчетов, во – вторых, из – за больших биржевых комиссий. В тоже время устоявшейся судебная практика вопреки принятой в современной экономике концепции бихевиоризма (экономическое поведение человека зачастую импульсивно и обоснованно эмоциями, не поддается рациональному анализу), рассматривает экономическую обоснованность операций, их смысл, выгоду клиента банка[[58]](#footnote-58). Можно спрогнозировать, что дальнейшее развитие информационных технологий, становление российского легального крипторынка будет способствовать распространению аналогичных операций.

В данном случае возникает проблема как первоначального выявления таких операций, так и дальнейшего обоснования разумных сомнений в выявленных операциях. Не секрет, что для выявления среди такого большого массива операций подозрительных банк использует специальные алгоритмы. Возникает вопрос: каким образом банк должен в данном случае подтверждать свои разумные сомнения, возможно ли в этом случае использовать математические офрмулы? Достаточно ли просто ссылки на применение определенного алгоритма поиска? Необходимо ли раскрывать его формулу? Каким образом в данном случае должен опровергать такие сомнения клиент банка? Для ответа на все эти вопросы необходимо сначала понять, а могут ли в принципе такие механизмы использоваться как доказательства, применимы ли они в рассматриваемой ситуации.

Ответ на первую часть вопроса является положительным: самым ярким примером, иллюстрирующим данный тезис является так называемая теория Френка Бенфдора. Данный исследователь, анализирующий табличные данные совершенно повседневных величин, пришел к интересному наблюдению: единица в качестве первого числа в данных встречается с 30% процентной вероятностью; а вот число два встречается уже с 18% вероятностью; а число девять в качестве первой цифры встречается не более, чем в 5% процентов случаев. Далее данная теория ни раз подтверждалась как математически, так и с точки зрения простого эмпирического опыта (луж в мире намного больше, чем океанов). Данная теория лучше всего применима к данным с экспоненциальным ростом (например, счета за электричество, стоимость акций), и неприменима для некоторых исключений (например, для чисел со строго ограниченным промежутком)[[59]](#footnote-59).

В начале 2000- х годов в США известный предприниматель Кевин Лоуренс был приговорен к тюремному заключению из – за финансовых махинаций. Лоуренс собрал деньги от инвесторов на создание несуществующих предприятий и создавал видимость проведения необходимых хозяйственных операций, в то же время сам передавал деньги свои знакомым. Транзакции Лоуренса были проверены и в основание доводов, которые в последствии подтвердились, была положена именно теория Бенфорда[[60]](#footnote-60).

Но стоит отметить, что при исследовании проблемы была выявлена информация, которая не позволяет однозначно говорить о возможности применения, в частности, теория Бенфорда применительно к анализу деятельности на рынке криптовалют: хотя динамика цен на криптовалюты на биржах в целом соответствует данному закону, однако объем торгов некоторых криптобирж не подчиняется данному закону[[61]](#footnote-61). Но однозначного вывода из данных наблюдений делать не стоит, поскольку такое положение дел может быть объяснено волатильностью рынка.

Однако самым главным препятствием для непосредственного применения программ по поиску вероятности отмывания денежных средств являются факты, когда суды иностранных государств уже довольно скептически относились к «математическим рассмотрением дел» (например, в США известен кейс, когда супружеская пара была обвинена в нападении на основании математического подсчета вероятности, которой был использован как основное доказательство. Было также указано на огрехи данного просчета: в математической таблице, который суд скопировал в текст решения, были умножены вероятности появления на месте преступления определенных типов людей, однако, во – первых в данном случае искомой вероятностью являлась вероятность, что пара, подходящая под определённые описания, является виновной, во – вторых, при возможном совпадении нескольких вероятностей общая вероятность не умножается, а складывается)[[62]](#footnote-62).

Таким образом, возникает следующая проблема: с одной стороны, использование автоматических технологий в рассматриваемых делах необходимо, с другой стороны, возникает вопрос: если единственным доказательством сомнений банка являются «неразумные» операции, которые совершает клиент- как банк должен это обосновывать? Раскрытие соответствующих формул, с одной стороны, отвечает принципу правовой определенности, с другой стороны, это сделать невозможно по причине того, что данные формулы могут быть использованы преступниками для их обхода, кроме того, и для добросовестных лиц, как было показано выше, раскрытие формул может не иметь какого – либо положительного эффекта, так как следование им не может гарантировать отсутствие претензий со стороны банка.

Кроме того, здесь же стоит помнить о проблемах, которые вы выделили в конце Второй Главы: само по себе установление требований идентификации применительно к владельцам игровых платформ и субъектов, реализующих товары, работы или услуги с использованием бонусов, не может служить надлежащим подспорьем для разрешения спорных ситуаций, связанных с сомнительными операциями: идентификация по номеру телефона может служить только некой превентивной мерой по борьбе с легализацией денежных средств. В ситуации, когда в банк поступает распоряжение о переводе денежных средств, и банк, считая данную операцию подозрительной, приостанавливает ее, и в последующем выяснится, что такая операция была операцией по «купле – продаже» игрового токена, имеющейся в информационной системе владельца игры номер телефона игрока, в адрес которого осуществляется перевод, скорее всего, просто будет недоступен для банка, как и сведений из всей информационной системы игры.

Возможно предложить следующее разрешение возникшей ситуации:

Если банк предоставляет доказательства, (1) только основанные на показаниях математического программного обеспечения, которые показывают «нерациональные» операции клиента, (2) либо доказательства, связанные только с тем фактом, что клиент совершает сомнительные операции с использованием бонусов или игровых токенов – в обоих случаях речь идет о доказательствах prima facie. В этом случае возложение на клиента обратного бремени доказывания такого же уровня привело бы к нивелированию любых подозрений в принципе, так как клиент всегда может сослаться на конъюнктуру рынка / особую ценность персонажа игры и т.п. Предъявление в данном случае повышенного требования обратного доказывания приведет к неравенству процессуального положения сторон. В этом случае необходимо обдумать вариант, когда определение более высокого бремени доказывания для клиента будет продиктовано *не действиями банка, а действиями самого клиента.*

Данный выход видится в следующем: на данном этапе развития российского права мы имеет несколько превентивных механизмов, которые обеспечивают взаимодействие государства и бизнеса: во – первых, это механизм предварительного налогового контроля, во – вторых, механизм предварительной квалификации сделки антимонопольным органом.

Возможно предложить введение в банковской сфере аналогичного механизма в виде интернет – ресурса, где пользователи вправе будут предоставить банку всю необходимую информацию об операции с использованием криптовалют, игровых токенов, бонусов.

*Применительно к операциям, связанным с обменами на криптобиржах и на криптообменниках, которые работаю по принципу «контрагент клиента», такая информация может быть сведениями об:*

*-* Информация о происхождении денежных средств, клиенту предоставляется возможность указать источник происхождения конкретной суммы, а не просто возможность указания на конкретный счет, с которого осуществляется перевод;

- Информация о количестве сделок, предполагаемых к совершению;

- Информация о целях покупки: инвестирование, трейдинг (маржинальная торговля, как частный случай). В последнем случае клиенту предлагается объяснить, почему он полагает, что цена криптовалюты на различных биржах будет различна;

- Если клиент выбирает криптобиржу или криптообменник, который не соответствует критериям, рассмотренным в Третьей Главе, клиенту предлагается обосновать свой выбор.

*Применительно к операциям, связанным с обменом фиатной валюты на криптовалюту через криптообменник, который действует как посредник:*

*-* Информация о происхождении денежных средств, клиенту предоставляется возможность указать источник происхождения конкретной суммы, а не просто возможность указания на конкретный счет, с которого осуществляется перевод;

- Информация о контрагенте клиента;

- Информация о фактическом основании сделки;

- Если клиент выбирает криптообменник, который не соответствует критериям, рассмотренным в Третьей Главе, клиенту предлагается обосновать свой выбор.

*Применительно к «купле – продаже» игровых токенов:*

-Информация о происхождении денежных средств, клиенту предоставляется возможность указать источник происхождения конкретной суммы, а не просто возможность указания на конкретный счет, с которого осуществляется перевод;

- Информация о возможности совершать данную транзакцию согласно правилам игрового сервиса, ссылка на правила;

- Информация о контрагенте клиента;

- Информация о фактическом основании сделки;

- Информация, которая обосновывает цену токена.

*Применительно к сделкам, совершенным с использованием бонусов:*

Информация о происхождении денежных средств, клиенту предоставляется возможность указать источник происхождения конкретной суммы, а не просто возможность указания на конкретный счет, с которого осуществляется перевод;

- Информация о продавце, реализующим товары, работы или услуги с использованием бонусов;

- Информация о соотношении бонусов и денежных единиц;

- Обоснование выгоды покупки через бонусы, а не через денежные средства напрямую.

После заполнения данных форм клиенту может быть присвоен индивидуальный номер, который он должен будет ввести при совершении транзакции.

Подчеркнем, что заполнение соответствующих сведений является добровольным выбором клиента Банка. Но в случае, если банк выявил операцию клиента как подозрительную на основании автоматических механизмов или на основании самого факта транзакции с использованием виртуальных токенов, то при незаполнении соответствующей формы / заполнение ее недостоверными или неполными сведениями, клиент несет повышенный стандарт доказывания, связанный с обстоятельствами и последствиями сделки.

В связи с этим в 115 – ФЗ возможно ввести новую норму:

*Предварительное сообщение об операции, связанной с оборотом цифровой валютой; игровым токеном; бонусом.*

*Клиент вправе предварительно предоставить банку сведения по операциям, связанным с оборотом цифровой валютой; игровым токеном; бонусом в порядке, предусмотренном постановлением правительства РФ. В этом случае клиент обязан предоставить полную и достоверную информацию.*

**Используемые источники:**

**Нормативные акты:**

Федеральный закон "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 31.07.2020 N 259-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" от 27.07.2006 N 149-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

Информационные сообщения Банка России от 27.01.2014 "Об использовании при совершении сделок "виртуальных валют", в частности, Биткоин" и от 04.09.2017 "Об использовании частных "виртуальных валют" (криптовалют)" // СПС КонсультантПлюс.

[<Письмо> ФНС России от 04.06.2018 N БС-4-11/10685@ "О порядке налогообложения доходов физических лиц" (вместе с <Письмом> Минфина России от 17.05.2018 N 03-04-07/33234)](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_299587/) // СПС КонсультантПлюс.

Законопроект № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения цифровой валюты)». [Электронный ресурс} // Система обеспечения законодательной деятельности. Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7>.

Рекомендации, касающиеся криптвалют и деятельности операторов криптовалютных серверов [Электронный ресурс] // FATF. - Режим доступа: http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf.

**Литература:**

Электронная коммерция в России и за рубежом : правовое регулирование / А.И. Савельев – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут. 2020. С. 385.

В.В. Оробинский – Изд. 3 – е, перераб. и доп. – Ростов н/ Д: Феникс, 2019. С. 352

Л. Млодинов. Несовершенная случайность. Как случай управляет нашей жизнью. // livebook. 2021. С. 145.

Возняк Стив. Стив Джобс и я. Подлинная история Apple (перевод: Пряжников А.В., Шариков А.С.) // Эксмо. 2012. 154.

Елина Л.А. Продаём товары за спасибо: что с налогами. // Главная книга. 2014. № 2. С. 36

Кувакина, Л. В. Закон Бенфорда: сущность и применение / Л. В. Кувакина, А. Ф. Долгополова // Соврем. наукоемкие технологии. – 2013. – № 6. – С. 74–76.

E. T. Bell, Men of Mathematics (New York: Simon & Schuster, 1937), p. 134.

Quoted in Alan Dershowitz, Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J. Simpson Case (New York: Simon & Schuster, 1996), p. 101.

Charles G. Lord, Lee Ross, and Mark Lepper, 'Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence', Journal of Personality and Social Psychology 37, no. 11 (1979): 2098-109.

**Судебная практика:**

Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2018 N 15АП-5201/2018 по делу N А53-34751/2017

Постановление Седьмого Арбитражного апелляционного суда от 2 июня 2020 г. по делу № А45-41798/2019

Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 30.01.2018 N 78-КГ17-90

Постановление Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2019 г. по делу № А70-17451/2018

Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 08.12.2020 N 78-КГ20-54-К3, 2-1881/2019

Постановление Пятого Арбитражного апелляционного суда от 22 мая 2019 г. по делу № А51-19384/2018

Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 06.02.2018 N 59-КГ17-18

Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2018 N 15АП-18995/2018 по делу N А53-11314/2018

Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.01.2020 N 18АП-19327/2019 по делу N А76-15288/2019

Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 28.10.2019 N 07АП-8432/2019 по делу N А03-577/2019

Решение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25 марта 2020 г. по делу № А56-100554/2019

Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 2 ноября 2020 г. по делу № А43-13082/2020

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.03.2019 N Ф04-64/2019 по делу N А45-7202/2018

Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 01.11.2019 N 01АП-8643/2019 по делу N А43-15298/

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.04.2019 N Ф05-4137/2019 по делу N А40-146350

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.10.2017 N Ф05-15086/2017 по делу N А40-202834/16

Постановление Восемнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 18 января 2018 г. по делу № А76-7591/2017

Решение Арбитражного суда Нижегородской Области от 17 ноября 2020 г. по делу А43-4573/2020

Решение Арбитражного суда Северо – Западного округа от 09.06.2020 № Ф04-277/2020 по делу № 45-23279/2019

Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 06.02.2018 № 59-КГ17-18

Постановление Арбитражного суда Западно – Сибирского округа от 25.06.2020 № Ф04-665/2020 по делу № А45-13111/2019

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.06.2020 N Ф04-2194/2020 по делу N А45-38345/2019

Постановление Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2019 г. по делу № А70-17451/2018

Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 06.11.2020 N Ф02-5082/2020 по делу N А19-14128/2019

Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 02.03.2017 N Ф02-501/2017 по делу N А19-6316/2016

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 07.11.2017 N Ф04-4382/2017 по делу N А45-2424/2017

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.12.2019 N Ф05-20596/2019 по делу N А40-56843/2019

Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.01.2020 N Ф09-8360/19 по делу N А76-18051/2019

Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 09.03.2021 N Ф10-305/2021 по делу N А36-3346/2020

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 07.12.2020 N Ф05-20431/2020 по делу N А40-5764/2020

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.12.2020 N Ф05-20291/2020 по делу N А40-313359/2019

Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.01.2017 N Ф05-21086/2016 по делу N А40-226881/2015

Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.10.2018 N Ф08-8712/2018 по делу N А32-52635/2017

Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15.10.2019 N Ф01-5109/2019 по делу N А82-19289/2018

Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19.01.2018 N Ф07-15502/2017 по делу N А52-1421/2017

Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.03.2020 N Ф09-597/20 по делу N А60-43042/2019

Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 26.02.2020 N 02АП-812/2020 по делу N А31-8309/2019

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.02.2018 N 09АП-67201/2017-ГК по делу N А40-101604/17

Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.07.2018 N 11АП-9448/2018 по делу N А55-3448/2018

Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.02.2019 по делу N А57-29809/2017

Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 29.12.2020 N 01АП-6765/2020 по делу N А43-53970/2019

Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.09.2018 N 15АП-14092/2018 по делу N А53-9977

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.10.2019 N Ф04-3705/2019 по делу N А45-16075/2018

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.06.2018 N 09АП-23458/2018 по делу N А40-179856/17

Постановление Седьмого Арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2019 г. по делу № А67-2063/2019

Решение Арбитражного суда Красноярского края от 5 октября 2020 г. по делу № А33-18583/2019

Постановление Восемнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 23 августа 2018 г. по делу № А76-3461/2018

Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.01.2018 N 18АП-15556/2017 по делу N А76-7591/2017

Решение Центрального районного суда города Челябинска от 30 января 2020 года по делу № 2-10227/2019

Решение Пугачевского районного суда Саратовской области от 19 ноября 2019 года по делу 2-200/2019

Решение Сыктывкарского городского суда Республики Коми от 19 октября 2018 года № 2-6749/2018

Решение Жердевского районного суда Тамбовской области от 20 мая 2020 года по делу № 2-137/2020

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.07.2018 N Ф04-2949/2018 по делу N А27-18712/2017

1. Отметим, что в последующих параграфах будет проанализирована судебная практика, связанная теми факторами, с которыми могут столкнуться клиенты при совершении операций, связанных с оборотом цифровой валюты (например, требование обоснования источника происхождения денежных средств при проведении операции с использованием технологии блокчейн может быть затруднено по техническим причинам, поэтому такое основание приводится ниже). В судебной практике имеются иные многочисленные факторы, которые могут подтверждать сомнения банка в сомнительности или нереальном характере операции. Например:

   **Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2018 N 15АП-5201/2018 по делу N А53-34751/2017**

   *Влияет ли в совокупности с иными фактами на отказ в проведении операции то, что клиент и контрагент имеют один номер телефона (признак аффилированности)?*

   Да.

   Но технология блокчейн и особенность работы крипт – обменников или крипто – бирж не может позволить эффективно выявлять аффилированность контрагентов, по крайней мере, первое время, поэтому соответствующие основания не будут нами рассматриваться. Или, например:

   **Постановление Седьмого Арбитражного апелляционного суда от 2 июня 2020 г. по делу № А45-41798/2019**

   *Какие признаки юридического лица – клиента учитываются судом в совокупности при признании правомерности вывода банка о сомнительности операции?*

   Юридические лица имеют незначительный по сравнению с объемами поступающих/уходящих средств уставный капитал; организации фактически отсутствуют по указанному юридическому адресу; нулевая фондовооруженность, т.е. остаточная стоимость собственных основных средств по итогам последнего доступного периода равна нулю, что может свидетельствовать об отсутствии 26 у организации возможности выполнения работ по договору или о посредническом характере деятельности; низкий коэффициент текущей ликвидности. Это свидетельствует о вероятных трудностях в погашении организацией своих текущих обязательств; маленький коэффициент финансовой устойчивости.

   В данном случае, так как речь идет об анализе деятельности юридического лица, можно сказать, что применительно к обороту цифровой валюты данная практика не столь значима, так как не касается непосредственно оборота цифровой валюты, а значит объекта нашего исследования. [↑](#footnote-ref-1)
2. **Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 30.01.2018 N 78-КГ17-90**

   *Какие документы и информацию банк вправе запросить у клиента и на основании каких нормативны актов?* Банк вправе запросить у клиента представления не только документов, выступающих формальным основанием для совершения такой операции по счету, но и документов по всем связанным с ней операциям, а также иной необходимой информации, позволяющей банку уяснить цели и характер рассматриваемых операций, в том числе документов, подтверждающих источники поступления денежных средств на счет клиента, что согласуется с Сорока Рекомендациями Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ), членом которой с июня 2003 г. является Российская Федерация, и разъяснениями Центрального банка Российской Федерации, изложенными в письмах от 26 января 2005 года N 17-Т, от 3 сентября 2008 г. N 111. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Постановление Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2019 г. по делу № А70-17451/2018**

   *Что может свидетельствовать о сомнительности операций?*

   Клиенту на счёт в один день поступило множество зачислений по отношениям, имевших место несколько лет назад, при этом клиент не доказал, то, что он обладает необходимыми ресурсами для выполнения работ и услуг, за которые были начислены средства, клиент и его контрагент взаимосвязаны.

   *Как распределяемся бремя доказывания в подобных делах?*

   С учётом того, что банк не имеет доступа к документам цепочки клиент – его контрагент. [↑](#footnote-ref-3)
4. **Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 08.12.2020 N 78-КГ20-54-К3, 2-1881/2019**

   *Что может свидетельствовать о наличии подозрений, что целью заключения договора является совершение операций в целях легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма*?

   В том числе то, что потенциальный клиент отказывается либо затрудняется предоставить сведения (информацию) по запросу сотрудника банка в целях идентификации планируемых операций клиента по банковскому счету (вкладу) и/или источника происхождения денежных средств либо в качестве ответа на дополнительные устные вопросы предоставляет противоречивую информацию (комментарии), в том числе не соответствующую сведениям, указанным в анкете; [↑](#footnote-ref-4)
5. **Постановление Пятого Арбитражного апелляционного суда от 22 мая 2019 г. по делу № А51-19384/2018** *Является ли запрос дополнительных документов правом или обязанностью банка?*

   Правом.

   *Что может свидетельствовать о сомнительном характере операций?*

   Договор заключён ранее, чем произошла регистрация общества – контрагента; руководитель клиента является бенефициаром контрагента; противоречивые заявки к договору, из которых неясно, кто является покупателем, а кто – продавцом.

   **Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 06.02.2018 N 59-КГ17-18**

   *Является ли сомнительной операция при совокупности следующих условий: предоплата по договору составляет 95% от цены, при этом в самом договоре условия о предоплате не содержится; товар несмотря на получение предоплаты длительное время находился у заявителя, который сумму предоплаты пытался снять в разных отделениях банка в этот же день наличными денежными средствами; документы об оплате остальной части цены товара предоставлены в банк только после отказа банка в проведении операции по выдаче наличных денежных средств?*

   Да. [↑](#footnote-ref-5)
6. **Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2018 N 15АП-18995/2018 по делу N А53-11314/2018**

   *Может ли сомнительность операций подтверждать, в том числе и то, что предоставленные клиентом данные противоречат бухгалтерскому балансу?*

   Да.

   *Какие пороки в предоставленной документации могу свидетельствовать о верном выводе банка о сомнительных операциях?*

   Пороки, свидетельствующие о сомнительности документов (Представленным договором субаренды транспортных средств не определено количество арендуемого транспорта, порядок оплаты, отсутствует ссылка на основной договор аренды, который не был представлен клиентом в банк. Истцом в банк в полном объеме не были представлены первичные документы, подтверждающие фактический приема -передачу товара. При этом условиями заключенного договора поставки не предусмотрена поставка товара третьему лицу.) [↑](#footnote-ref-6)
7. **Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.01.2020 N 18АП-19327/2019 по делу N А76-15288/2019**

   *Может ли о сомнительности операции в совокупности свидетельствовать то, что клиент, распоряжаясь средствами в связи с осуществлением предпринимательской деятельности использовал для этого банковскую карточку, по правилам использования которой он обязался не расходовать средства на предпринимательские цели?*

   Да. [↑](#footnote-ref-7)
8. **Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 28.10.2019 N 07АП-8432/2019 по делу N А03-577/2019**

   *Что может свидетельствовать о сомнительности операций клиента?*

   Низкий процент операций ОКВЭД, контрагент клиента зарегистрирован по адресу массовой регистрации, низкая численность персонала [↑](#footnote-ref-8)
9. **Решение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25 марта 2020 г. по делу № А56-100554/2019**

   *Может свидетельствовать о сомнительности операций?*

   Зачисление на счет Истца денежных средств от юридических лиц в значительных объемах; по мере зачисления данные денежные средства перечислялись на счет Истца как физического лица, а в дальнейшем перечислялись на счета множества физических лиц. [↑](#footnote-ref-9)
10. **Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 2 ноября 2020 г. по делу № А43-13082/2020**

    *Должен ли банк в деловой переписке с клиентом указывать общепринятые коды операций?*

    Да. [↑](#footnote-ref-10)
11. **Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.03.2019 N Ф04-64/2019 по делу N А45-7202/2018**

    *Может ли банк при запросе от клиента документов не только в связи с данной операцией (самого договора), но и иных документов о взаимодействии клиента с его контрагентом (сведения об аффилированности, сведения о таможенном оформлении товара) не пояснить причины такого расширенного запроса?*

    Нет, так как это препятствует клиенту в реабилитации.

    **Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 01.11.2019 N 01АП-8643/2019 по делу N А43-15298/**

    *Какие действия банка могут быть основанием для отказа в требованиях, если имеются отдельные основания для квалификации операций как сомнительных?*

    В уведомление банк не указал клиенту на предоставление каких-либо конкретных документов в обоснование проводимой операции по счету, не указывает, что истцу требуется предоставить надлежащее обоснование экономического смысла в отношении именно спорной операции, указать источник денежных средств данной операции, подкрепив свою позицию соответствующими доказательствами, как того требует законодательство. Повторного запроса не направлялось, разъяснений банком клиенту не давалось. [↑](#footnote-ref-11)
12. **Постановление Арбитражного суда Московского округа от 08.04.2019 N Ф05-4137/2019 по делу N А40-146350**

    О чем банк обязан проинформировать клиента?

    *О причинах отказа в проведении операции.*

    **Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.10.2017 N Ф05-15086/2017 по делу N А40-202834/16**

    *Какая обязанность клиента корреспондирует обязанности банка уведомлять клиента об отказе в проведении операции?*

    Обязанность предоставить информацию. [↑](#footnote-ref-12)
13. **Постановление Восемнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 18 января 2018 г. по делу № А76-7591/2017**

    *Имеются ли признаки сомнительности в следующей совокупности операций: денежные средства поступали на счёт клиента от основного контрагента, далее денежне средства снимались в наличной форме и перенаправлялись в кассу предприятия, в последующем денежные средства, внесённые в кассу, перенаправлялись контрагентам – физическим лицам (при этом такая схема операций обусловлено тем, что согласно требованиям подзаконного акта Правительства расчеты с физическими лицами за принятый металлолом возможно только с использованием кассового аппарата)?*

    Нет. [↑](#footnote-ref-13)
14. Данный тезис подтверждается, в том числе, и буквальным толкованием слова «вероятность», которое в толковых словарях определяется как объективная возможность осуществления чего – либо (Большой толковый словарь русского языка [Текст] : А-Я / РАН. Ин-т лингв. исслед.; Сост., гл. ред. канд. филол. наук С. А. Кузнецов. - Санкт-Петербург : Норинт, 1998. - 1534 с.; 27 см.; ISBN 5-7711-0015-3). [↑](#footnote-ref-14)
15. Данный стандарт активно применяется в странах англосаксонского права и в США. Например, см. Английское договорное право: просто о сложном / В.В. Оробинский – Изд. 3 – е, перераб. и доп. – Ростов н/ Д: Феникс, 2019. С. 352. Но, как мы видим, данный стандарт применяется и в российском праве. [↑](#footnote-ref-15)
16. E. T. Bell, Men of Mathematics (New York: Simon & Schuster, 1937), p. 134. [↑](#footnote-ref-16)
17. Л. Млодинов. Несовершенная случайность. Как случай управляет нашей жизнью. // livebook. 2021. С. 145. [↑](#footnote-ref-17)
18. Quoted in Alan Dershowitz, Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J. Simpson Case (New York: Simon & Schuster, 1996), p. 101. [↑](#footnote-ref-18)
19. Выбор в пользу кассационных судов обусловлен тем, что данная инстанция, в отличии от апелляционной инстанции, юридически воспринимается как конечное средство правовой защиты. Например, наличие определения судебной коллегии ВС РФ (в том числе и отказного) (так называемая «вторая кассация») открывает двери для обжалования в международные судебные инстанции. Но решения судебных коллегий ВС РФ и решения Президиума ВС РФ в данном случае не подходят под цели исследования, так как их малое количество по рассматриваемой теме не позволяет сделать каких – либо выводов. Поэтому мной в данном случае были выбраны решения кассационных судов округов РФ. [↑](#footnote-ref-19)
20. В некоторых случаях произвести выборку по судебной инстанции суда кассационной инстанции будет произвести невозможно, о чем будет указано дополнительно в обосновании выборки судебных решений по конкретной группе. [↑](#footnote-ref-20)
21. BestChange. [Электронный ресурс] // Мониторинг обменников криптвалюты. Режим доступа: https://www.bestchange.ru/list.html (дата обращения: 16.10.2021). [↑](#footnote-ref-21)
22. Рисунок с источника № 21. [↑](#footnote-ref-22)
23. **Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.06.2020 N Ф04-2194/2020 по делу N А45-38345/2019**

    *Является ли основанием для квалификации операции как сомнительной то, что имелся перевод денежных средств в адрес лиц, в отношении которых иными банками неоднократно применялись меры, установленные 115- ФЗ?*

    Да. [↑](#footnote-ref-23)
24. **Постановление Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2019 г. по делу № А70-17451/2018**

    *Что может свидетельствовать о сомнительности операций?*

    Клиенту на счёт в один день поступило множество зачислений по отношениям, имевших место несколько лет назад, при этом клиент не доказал, то что он обладает необходимыми ресурсами для выполнения работ и услуг, за которые были начислены средства, клиент и его контрагент взаимосвязаны.

    *Как распределяемся бремя доказывания в подобных делах?*

    С учётом того, что банк не имеет доступа к документам цепочки клиент – его контрагент. [↑](#footnote-ref-24)
25. В Методических рекомендациях о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов физических лиц № 16-МР от 06.09.2021, в частности, рекомендуется обращать внимания на следующие признаки:

    - короткий промежуток времени (одна минута и менее) между зачислением денежных средств (увеличением остатка электронных денежных средств) и списанием (уменьшением остатка электронных денежных средств);

    - в течение 12 часов (и более) одних суток проводятся операции по зачислению и (или) списанию денежных средств (увеличению и (или) уменьшению остатка электронных денежных средств). [↑](#footnote-ref-25)
26. [<Письмо> ФНС России от 04.06.2018 N БС-4-11/10685@ "О порядке налогообложения доходов физических лиц" (вместе с <Письмом> Минфина России от 17.05.2018 N 03-04-07/33234)](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_299587/) // СПС КонсультантПлюс. [↑](#footnote-ref-26)
27. Законопроект № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения цифровой валюты)». [Электронный ресурс} // Система обеспечения законодательной деятельности. Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7>. (Дата обращения: 17.10.2021). [↑](#footnote-ref-27)
28. Определение ВС РФ по делу № 44- КГ20-17-К7 от 02.02.2021 // СПС КонсультантПлюс. [↑](#footnote-ref-28)
29. **Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 29.12.2020 N 01АП-6765/2020 по делу N А43-53970/2019**

    *Обязан ли банк направлять клиенту повторный запрос в случае непредставления клиентом всей информации, занимать активную позицию при взаимодействии с клиентом?*

    Да.

    Принимаются ли доводы банка о том, что приобретение банком одежды для персонала, если в штате не имеется таких сотрудников?

    Нет, так как это не исключает покупку на будущее.

    *Как должны применяться признаки сомнительных операций, указанные в актах ЦБ РФ?*

    В совокупности.

    *Означает ли с совершение клиентом сомнительной операции автоматическое правомерное приостановление дистанционного банковского обслуживания?*

    Нет, ограничение ДБО правомерно в случае, если доступ к дистанционному банковскому обслуживанию клиента получило неустановленное лицо и для проверки законности проведенной операции требуется личное участие представителя клиента.

    **Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.09.2018 N 15АП-14092/2018 по делу N А53-9977**

    *Свидетельствует ли о сомнительности операции само по себе то, что платежи перечислялись в короткое время в адрес аффилированного лица, или нужна совокупность иных обстоятельств?*

    Совокупность: отсутствие юридического лица по указанному адресу, перевод денежных средств, поступающих на счет, в короткое время на счета аффилированных лиц, если назначение платежа не соответствует деятельности общества; если налоги, сборы, страховые взносы и иные обязательные платежи клиентом через расчетный счет не уплачиваются, платежи по обычной хозяйственной деятельности по счету не проводятся, а встречные поступления от вышеуказанных контрагентов отсутствуют. [↑](#footnote-ref-29)
30. **Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.10.2019 N Ф04-3705/2019 по делу N А45-16075/2018**

    *В каком объеме банк может информировать клиента в части отказной операции?*

    Кредитная организация предоставляет клиенту соответствующую информацию в объеме, достаточном для обеспечения такому клиенту возможности ее использования при реализации механизма реабилитации клиентов. [↑](#footnote-ref-30)
31. **Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.06.2018 N 09АП-23458/2018 по делу N А40-179856/17**

    *Какова регулирующая роль актов ЦБ РФ и Росфинмониторинга?*

    Устанавливают лишь общие рекомендации, на основании которых банк принимает самостоятельное решение о квалификации операций.

    *Имеют ли значения ссылки клиента на судебную практику, если в такой практике указываются иные фактические обстоятельства дела?*

    Нет. [↑](#footnote-ref-31)
32. Возняк Стив. Стив Джобс и я. Подлинная история Apple (перевод: Пряжников А.В., Шариков А.С.) // Эксмо. 2012. 154. [↑](#footnote-ref-32)
33. # BBC.com. [ Электронный ресурс]. Criminals hide 'billions' in crypto-cash – Europol. // Режим доступа: <https://www.bbc.com/news/technology-43025787> (дата обращения: 10.10.2021).

    [↑](#footnote-ref-33)
34. Bitcoin laundering: an analysis of illicit flows into digital currency services. Yaya J. Fanusie and Tom Robinson. January 12, 2018. [↑](#footnote-ref-34)
35. BitcryptoNews. Криптвалюта // Электронный ресурс. URL: bitcryptonews.ru/analytics/cryptocurrency/5-arendodatelej-v-kryimu-gotovyi-prinimat-oplatu-v-kriptovalyutax (дата обращения: 10.10.2021). [↑](#footnote-ref-35)
36. Информационные сообщения Банка России от 27.01.2014 "Об использовании при совершении сделок "виртуальных валют", в частности, Биткоин" и от 04.09.2017 "Об использовании частных "виртуальных валют" (криптовалют)" // СПС КонсультантПлюс. [↑](#footnote-ref-36)
37. Charles G. Lord, Lee Ross, and Mark Lepper, 'Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence', Journal of Personality and Social Psychology 37, no. 11 (1979): 2098-109. [↑](#footnote-ref-37)
38. На данный момент порядок налогобложения операций с цифровой валютой в должной мере не определен. [↑](#footnote-ref-38)
39. Письмо Центрального Банка РФ от 10 июня 2021 года № 12-4-2/2850. [↑](#footnote-ref-39)
40. **Постановление Седьмого Арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2019 г. по делу № А67-2063/2019**

    *Является ли сомнительной следующая совокупность операций: клиент оплачивал оборудование с учётом НДС, и далее вместо того, чтобы продавать данное оборудование с учётом данного НДС (возместить свои затраты), он расплачивается с контрагентами векселями, приобретёнными у банка (приобретаются без НДС)?*

    Да.

    **Решение Арбитражного суда Красноярского края от 5 октября 2020 г. по делу № А33-18583/2019**

    *Принимается ли судом во внимание несоответствие налоговой нагрузки клиента методическим указаниям ЦБ РФ?*

    Да, но в данном деле не доказаны обоснованные сомнения. [↑](#footnote-ref-40)
41. **Постановление Восемнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 23 августа 2018 г. по делу № А76-3461/2018**

    *Обязан ли клиент предоставлять свои контр – расчёты на расчёты банка, связанные с налоговой деятельностью клиента?*

    Нет.

    **Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.01.2018 N 18АП-15556/2017 по делу N А76-7591/2017**

    *Входит ли в объем правомочий банка проверка предоставленной клиентом налоговой декларации на предмет нарушения последним налогового законодательства?*

    Нет. [↑](#footnote-ref-41)
42. Рекомендации, касающиеся криптвалют и деятельности операторов криптовалютных серверов [Электронный ресурс] // FATF. - Режим доступа: http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf. [↑](#footnote-ref-42)
43. # Федеральный закон "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" от 31.07.2020 N 259-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

    [↑](#footnote-ref-43)
44. # Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" от 27.07.2006 N 149-ФЗ // СПС КонсультантПлюс. Ст.3.

    [↑](#footnote-ref-44)
45. Ссылка аналогична ссылке № 3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Электронная коммерция в России и за рубежом : правовое регулирование / А.И. Савельев – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут. 2020. С. 385. [↑](#footnote-ref-46)
47. ForkLog [Электронный ресурс] // цифровая прачечная. Как с помощью NFT отмываются деньги. Режим доступа: <https://forklog.com/tsifrovaya-prachechnaya-kak-nft-usugublyayut-problemu-otmyvaniya-deneg/> (дата обращения: 04.11.2021). [↑](#footnote-ref-47)
48. Там же. [↑](#footnote-ref-48)
49. Электронная коммерция в России и за рубежом : правовое регулирование / А.И. Савельев – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва: Статут. 2020. С. 642. [↑](#footnote-ref-49)
50. # Хабр [Электронный ресурс] // Злоумышленники используют игру «Clash of Clans» для отмывания денег с краденых кредиток. Режим доступа: <https://habr.com/ru/post/417839/> (дата обращения: 04.11.2021).

    [↑](#footnote-ref-50)
51. Елина Л.А. Продаём товары за спасибо: что с налогами. // Главная книга. 2014. № 2. С. 36. [↑](#footnote-ref-51)
52. Решение Центрального районного суда города Челябинска от 30 января 2020 года по делу № 2-10227/2019; Решение Пугачевского районного суда Саратовской области от 19 ноября 2019 года по делу 2-200/2019; Решение Сыктывкарского городского суда Республики Коми от 19 октября 2018 года № 2-6749/2018. [↑](#footnote-ref-52)
53. Law.ru [Электронный ресурс]. // Биткоин, майнинг, ICO, что не так с законом о цифровых финансовых активах. Режим доступа: <https://www.law.ru/article/22954-bitkoin-mayning-ico-chto-ne-tak-s-zakonom-o-tsifrovyh-finansovyh-aktivah> (дата обращения: 05.11.2021). [↑](#footnote-ref-53)
54. Например, в известном деле Мейл. Ру ВС РФ сформулировал вывод о том, что предоставление пользователю возможности участвовать в игровом процессе бесплатно является свидетельством того, что заключен лицензионный договор, а если за плату в игре предоставляются какие либо иные возможности – речь идет о договоре возмездного оказания услуг (подробнее: Бабинер Д. Аракелян А. НДС при реализации компьютерных игр // Legal insight. 2016. № 4. С. 63.). [↑](#footnote-ref-54)
55. Аналогично ссылке № 52. [↑](#footnote-ref-55)
56. Kripta.Guru. [Электронный ресурс] // Как заработать на разнице криптовалют. Режим доступа: <https://crypta.guru/kriptovalyuty/arbitrazh-kriptovalyut/>. (дата обращения: 19.10.2021). [↑](#footnote-ref-56)
57. Картинка с источника под ссылкой № 56. [↑](#footnote-ref-57)
58. **Решение Жердевского районного суда Тамбовской области от 20 мая 2020 года по делу № 2-137/2020**

    *Какие могут быть основания для того, чтобы заключить, что операции клиента являются подозрительными?*

    Клиент не подтвердил финансовую возможность предоставления займа, которую ему был возвращён; предоставленный договор займа содержит пробелы, в частности, не имеется реквизитов для перечисления; процентная ставка не соответствует рыночной, не выгодна для клиента.

    *Учитывается ли судом, что клиенту было разъяснено, что приостановление ДБО не означает невозможность распоряжения средствами?*

    Да.

    **Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.07.2018 N Ф04-2949/2018 по делу N А27-18712/2017**

    *Свидетельствует ли об отсутствии экономического смысла операций пи наличии иных признаков то, что клиент при поступлении денежных средств на рассматриваемый счет переводил их на свои счета в других банках, а потом снимал наличные деньги, если ставка счета в других банках, куда осуществлялись переводы, ниже, чем в данном банке?*

    Да. [↑](#footnote-ref-58)
59. Adrien Jamain. Benford’s law. Unpublished Dissertation Report, Department of Mathematics, Imperial College, London, 2001. [↑](#footnote-ref-59)
60. Кувакина, Л. В. Закон Бенфорда: сущность и применение / Л. В. Кувакина, А. Ф. Долгополова // Соврем. наукоемкие технологии. – 2013. – № 6. – С. 74–76. [↑](#footnote-ref-60)
61. BitMex. [Электронный ресурс] // Закон Бенфорда и данные торговлей криптовалютой. Режим доступа: <https://blog.bitmex.com/ru-benfords-law-cryptocurrency-trading-data/> (дата обращения: 05.11.2021). [↑](#footnote-ref-61)
62. Л. Млодинов. Несовершенная случайность. Как случай управляет нашей жизнью. // livebook. 2021. С. 188. [↑](#footnote-ref-62)