

Антикоррупционная оговорка в аграрных контрактах в Украине

Введение

1. Практические цели антикоррупционной оговорки
2. Инструменты реализации антикоррупционной оговорки
3. Формулирование антикоррупционной оговорки
4. Следует ли включать антикоррупционную оговорку в контракты
5. На что следует обратить внимание

В

До 2014 года антикоррупционную оговорку можно было встретить преимущественно в международных контрактах украинских агрокомпаний с крупными зернотрейдерами, поставщиками, логистическими компаниями, финансовыми институтами американского или британского происхождения.

С принятием в 2014 году Закона «О предотвращении коррупции» антикоррупционную оговорку начали активно применять также и в украинских контрактах. По сути, таким образом, государство привлекло к борьбе с коррупцией частный бизнес. В таких условиях антикоррупционные оговорки в контрактах перестают быть формальностью и могут как обезопасить компанию от рисков, так и обусловить их наступление.

Использование антикоррупционной оговорки в аграрных контрактах (как в международных, так и в украинских) не только предохраняет компанию от коррупционных рисков, но и налагает определенные обязательства и ответственность на аграрное предприятие. Эффективное применение антикоррупционной оговорки в аграрном контракте обусловлено разумным балансом возможных преимуществ и потенциальных последствий принятых на себя обязательств.

Для достижения такого баланса важно четко понимать цели, способы реализации, особенности формулирования и последствия включения антикоррупционных оговорок в контракты.

1. Практические цели антикоррупционной оговорки

Государство, будучи не в состоянии достичь определенных международных политических целей (в этом случае – борьба с коррупцией и взяточничеством), переводит ответственность за их достижение на частный бизнес. Таким способом невнятная в коммерческом плане цель трансформируется в совершенно реальные цели:

- соответствие деятельности компании требованиям антикоррупционного законодательства. К примеру, американские и британские компании должны иметь и применять политики по борьбе со взяточничеством. Украинские государственные компании и компании, активно взаимодействующие с государственным бюджетом, также должны разрабатывать и внедрять антикоррупционные программы. Такие компании должны включать в свои контракты антикоррупционные оговорки в рамках обязательных для них программ и политик;
- соответствие требованиям контрагента. Например, в случаях заключения аграрных контрактов с зернотрейдерами или крупными поставщиками, действующими в соответствии с американским (The US Foreign Corrupt Practices Act) или британским (UK Bribery Act) законодательством, антикоррупционные оговорки являются обязательным требованием. Это касается и заключения контрактов с украинскими государственными компаниями или в процессе государственных закупок;
- возможность расторжения контракта, если его условия явились следствием коммерческого подкупа или иного вида коррупционного нарушения;
- создание в отношениях между контрагентами стандартов поведения, которые они не могут нарушить, не подпадая под договорные санкции;
- возможность оперативно выйти из токсичных коммерческих отношений в случае причастности контрагента к коррупционному скандалу.

2. Инструменты реализации антикоррупционной оговорки

Традиционно, антикоррупционная оговорка реализуется несколькими способами:

- проведение аудита контрагента относительно соответствия его деятельности принципам антикоррупционной политики;
- одностороннее расторжение договора и требование возместить ущерб;
- обращение в правоохранительные органы, если какие-либо из подтверждающих заявлений контрагента окажутся заведомо ложными;
- обращение в судебные или арбитражные учреждения для возмещения ущерба, причиненного расторжением контракта на основании антикоррупционной оговорки.

3. Формулировка антикоррупционной оговорки

Четких требований по содержанию антикоррупционной оговорки в контрактах не предусмотрено. При формулировании или анализе антикоррупционной оговорки в контракте следует учитывать уже существующую практику. Источником такой практики может служить модельная антикоррупционная оговорка, выданная Международной коммерческой палатой в 2012 году.

Обычно при формулировании или анализе антикоррупционных оговорок следует обратить внимание на следующее:

- антикоррупционная оговорка состоит из подтверждающих заявлений – об обстоятельствах, существовавших ранее, ковенанта (обязанностей совершать определенные действия или воздерживаться от их совершения в будущем) и гарантий – об обстоятельствах, определяющих текущий статус сторон.

Например: «При этом каждая сторона заявляет в пользу другой стороны, что на момент вступления в силу Договора сторона, ее представители, руководители или сотрудники не предлагали, не обещали, не предоставляли, не уполномочивали предоставить, не организовывали предоставление или не принимали неоправданную выгоду или преимущество (или намекали на возможность осуществления перечисленного в будущем) любым способом, связанным с Договором (подтверждающее заявление). Ни один из собственников или бенефициаров стороны не является государственным служащим и не намерен стать государственным служащим в течение действия договора (гарантия). Стороны будут принимать разумные меры для предотвращения совершения указанных действий указанными выше лицами, а также субподрядчиками, представителями и любыми третьими лицами, находящимися под контролем или определяющим влиянием стороны (ковенанта)»;

- антикоррупционная оговорка должна четко определять термины, которые в нем используются (государственный служащий, неправомерная выгода, коммерческий подкуп, подарок и т.д.).

Например: «Неправомерная выгода – денежные средства, их эквиваленты, услуги, товары или другое имущество, преимущества, льготы, нематериальные активы, любые другие выгоды нематериального или неденежного характера, которые обещают, предлагают, предоставляют или получают без законных на то оснований целью побуждения лица к совершению ненадлежащих действий или воздержанию от совершения надлежащих действий»;

- антикоррупционная оговорка должна содержать заявления, обязательства (ковенанты) и гарантии, касающиеся именно вопросов противодействия коррупции и взяточничеству.

Например: не следует включать в антикоррупционную оговорку гарантии контрагента относительно подтверждения полномочий его представителей или отсутствия санкций в отношении бенефициаров или представителей. Это предмет отдельного раздела контракта, содержащего общие заявления, ковенанты и гарантии;

- антикоррупционная оговорка может содержать право стороны проводить аудит другой стороны на предмет соответствия ее деятельности антикоррупционной политике и законодательству;
- антикоррупционная оговорка должна содержать право стороны расторгнуть договор и требовать возмещения ущерба в случае нарушения другой стороной этой оговорки.

4. Следует ли включать в контракты антикоррупционную оговорку

Любая компания, желающая ввести в договорные отношения антикоррупционные положения или обязательства, должна заранее понимать цель, которую она действительно намерена реализовать. Не стоит включать антикоррупционную оговорку в контракт исключительно из соображений «на всякий случай». Такая оговорка должна быть разработана и включена в контракт в свете реальной карты рисков коммерческой операции и быть пропорциональной цели компании. В противном случае антикоррупционная оговорка будет перегружать отношения между контрагентами.

Важно также, чтобы антикоррупционная оговорка соответствовала не только намерению, но и реальной готовности сторон его реализовать. Например, если украинская компания не готова расторгнуть контракт в случае коммерческого подкупа своего сотрудника, нет никакого смысла включать антикоррупционную оговорку в контракт.

Следует также реалистично оценивать возможность реализации антикоррупционной оговорки. К примеру, в Украине факт совершения лицом коррупционного преступления может быть установлен исключительно судом. Учитывая динамику торговых отношений, ожидание окончания расследования и вынесения приговора суда просто не отвечает реалиям бизнеса.

Такая ситуация может создать иллюзию, что антикоррупционная оговорка в принципе не может быть реализована. Однако в спорах, разрешаемых по праву, например, Англии, практика последних лет свидетельствует о возможности расторжения контракта и без установления факта коррупционного преступления национальными правоохранительными органами

Аграрным компаниям в Украине, подписывающим международные договоры с антикоррупционной оговоркой, необходимо оценивать полный объем и возможные последствия таких положений. В этом контексте важно обеспечить одинаковое понимание сторонами конкретных ожиданий от такой оговорки. В идеале, протокол реализации должен быть заранее согласован в договоре (в тексте антикоррупционной оговорки), чтобы избежать будущих недоразумений.

Это важно в свете арбитражных решений европейских судов последних лет, которые начали реализовывать антикоррупционные оговорки в коммерческих контрактах. Антикоррупционная оговорка перестала быть формальной необходимостью и может служить основанием для реальных последствий.

5. На что следует обратить внимание

Прежде всего, необходимо учесть, что при заключении контракта с американской или британской компанией включение антикоррупционной оговорки является неизбежным. Такая же ситуация возникает при заключении контрактов с украинскими компаниями, у которых разработаны и утверждены антикоррупционные программы.

Как правило, антикоррупционные оговорки в контрактах с такими контрагентами чрезвычайно перегружены подтверждающими заявлениями, гарантиями и обязательствами. Также они могут содержать строгие и часто невыполнимые требования по аудиту соблюдения антикоррупционных правил. Очень часто при юридическом анализе контракта эти оговорки упускаются из виду. Но, учитывая тенденции в арбитражной и судебной практике, это ошибочный подход и может иметь коммерческие последствия.

Анализируя антикоррупционную оговорку в контракте, прежде всего, следует обратить внимание на:

- содержание заявлений, обязательств и гарантий. Компания может подтвердить или гарантировать только обстоятельства, о которых ей может стать известно разумным образом. Это касается обязательств – компания может совершать только те действия, которые находятся под ее контролем. К примеру, в украинских реалиях невозможно гарантировать невозбуждение правоохранительными органами уголовного дела по подозрению в совершении коррупционного преступления сотрудниками компании. Эти обстоятельства не зависят от воли компании. Заявляя об отсутствии судимостей за коррупционные преступления или об отсутствии уголовного производства по поводу уполномоченного сотрудника компании, следует понимать, что источником такой информации, как правило, является заявление самого сотрудника. Такую информацию невозможно правомерно проверить оперативным образом (например, в Украине частные лица не имеют доступа к Единому реестру досудебных расследований);
- права контрагента по проведению аудита компании на предмет соблюдения антикоррупционного законодательства. Такой аудит, например, может потребовать предоставления информации, составляющей персональные данные сотрудников. Тогда компания нарушит либо условия контракта, либо законодательство о защите персональных данных;
- последствия нарушения антикоррупционной оговорки. В мировой договорной практике считается некорректным включать штрафы в последствия нарушений антикоррупционной оговорки. Основными последствиями такого нарушения есть право одностороннего расторжения договора и возмещения ущерба вследствие такого расторжения;

В общем, практика включения антикоррупционной оговорки становится все более распространенной в международных торговых операциях. Безосновательный отказ от включения таких оговорок в международные контракты может негативно влиять на репутацию украинской аграрной компании. В то же время следует уделять пристальное и профессиональное внимание антикоррупционным оговоркам в контрактах. В противном случае антикоррупционная оговорка в контракте может создать для украинской компании обязательства, которые невозможно выполнить или выполнение которых находится вне контроля такой

www.DLF.ua

компании, и привести к убыткам в торговой операции.