

## Антикорупційне застереження в аграрних контрактах в Україні

### Вступ

1. Практичні цілі антикорупційного застереження
2. Інструменти реалізації антикорупційного застереження
3. Формулювання антикорупційного застереження
4. Чи варто включати антикорупційне застереження в контракти
5. На що слід звернути увагу

В

До 2014 року антикорупційне застереження можна було зустріти, переважно, в міжнародних контрактах українських агрокомпаній з великими зернотрейдерами, постачальниками, логістичними компаніями, фінансовими інституціями американського або британського походження.

З прийняттям у 2014 році Закону «Про запобігання корупції» антикорупційне застереження почали активно застосовувати також і в українських контрактах. По суті, таким чином держава залучила до боротьби з корупцією приватний бізнес. Антикорупційні застереження в контрактах в таких умовах перестають бути формальністю і можуть як убезпечити компанію від ризиків, так і зумовити їх настання.

Використання антикорупційного застереження в аграрних контрактах (як в міжнародних, так і в українських) не тільки убезпечує компанію від корупційних ризиків, але і накладає певні зобов'язання та відповідальність на аграрне підприємство. Ефективне використання антикорупційного застереження в аграрному контракті зумовлене розумним балансом можливих переваг і потенційних наслідків прийнятих на себе зобов'язань.

Щоб досягти такого балансу важливо чітко розуміти мету, способи реалізації, особливості формулювання та наслідки включення антикорупційних застережень в контракти.

### 1. Практичні цілі антикорупційного застереження

Держава, будучи не в змозі досягти певних міжнародних політичних цілей (в цьому випадку – боротьбу з корупцією та хабарництвом), перекладає відповідальність за їх досягнення на приватний бізнес. Таким способом невиразна в комерційному плані мета трансформується в зовсім реальні цілі:

- відповідність діяльності компанії вимогам антикорупційного законодавства. Наприклад, американські та британські компанії повинні мати і застосовувати політики з боротьби з хабарництвом. Українські державні компанії та компанії, які активно взаємодіють з державним

- бюджетом, також мають розробляти та впроваджувати антикорупційні програми. Такі компанії повинні включати в свої контракти антикорупційні застереження в рамках обов'язкових для них програм та політик;
- відповідність вимогам контрагента. Наприклад, у випадках укладення аграрних контрактів із зернотрейдерами або великими постачальниками, які діють у відповідності до американського (The US Foreign Corrupt Practices Act) або британського (UK Bribery Act) законодавства, антикорупційні застереження є обов'язковою вимогою. Це ж стосується й укладення контрактів з українськими державними компаніями або в процесі державних закупівель;
  - можливість розірвання контракту, якщо його умови стали наслідком комерційного підкупу або іншого виду корупційного порушення;
  - створення у відносинах між контрагентами стандартів поведінки, які вони не можуть порушити, не підпадаючи під договірні санкції;
  - можливість оперативного вийти з токсичних комерційних відносин у випадку причетності контрагента до корупційного скандалу.

## 2. Інструменти реалізації антикорупційного застереження

Традиційно, антикорупційне застереження реалізується кількома способами:

- проведення аудиту контрагента щодо відповідності його діяльності засадам антикорупційної політики;
- одностороннє розірвання договору та вимога відшкодувати збитків;
- звернення до правоохоронних органів, якщо якісь із підтверджуючих заяв контрагента виявляться завідомо неправдивими;
- звернення до судових або арбітражних інституцій для відшкодування збитків, завданих розірванням контракту на підставі антикорупційного застереження.

## 3. Формулювання антикорупційного застереження

Чітких вимог щодо змісту антикорупційного застереження в контрактах не існує. При формулюванні або аналізі антикорупційного застереження в контракті варто враховувати вже існуючу практику. Джерелом такої практики може слугувати модельне антикорупційне застереження, видане Міжнародною комерційною палатою в 2012 році.

Зазвичай, при формулюванні або аналізі антикорупційних застережень треба звернути увагу на таке:

- антикорупційне застереження складається із підтверджуючих заяв – про обставини, які існували раніше, ковенант (зобов'язань вчиняти певні дії або утримуватися від їх вчинення в майбутньому) та гарантій – про обставини, які визначають поточний статус сторін.

Наприклад: «При цьому кожна сторона заявляє на користь іншої сторони, що на момент набуття чинності Договору сторона, її представники, керівники або співробітники не пропонували, не обіцяли, не надавали, не уповноважували надати, не організовували надання або не приймали невинновдану вигоду або перевагу (або натякали на можливість здійснення переліченого в майбутньому) у будь-який спосіб, пов'язаний з Договором (підтверджуюча заява). Жоден із власників або бенефіціарів сторони не є державним службовцем і не має наміру стати державним службовцем протягом дії цього

договору (гарантія). Сторони будуть вживати розумних заходів для запобігання вчинення зазначених дій вказаними вище особами, а також субпідрядниками, представниками та будь-якими третіми особами, які перебувають під контролем або визначальним впливом сторони (ковенанта)»;

- антикорупційне застереження має чітко визначати терміни, які в ньому використовуються (державний службовець, неправомірна вигода, комерційний підкуп, подарунок тощо).

Наприклад: «Неправомірна вигода – грошові кошти, їх еквіваленти, послуги, товари або інше майно, переваги, пільги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав з метою спонукання особи до вчинення неналежних дій чи утримання від вчинення належних дій»;

- антикорупційне застереження повинно містити заяви, зобов'язання (ковенанти) та гарантії, які стосуються саме питань протидії корупції та хабарництву.

Наприклад: не варто включати в антикорупційне застереження гарантії контрагента щодо підтвердження повноважень його представників або щодо відсутності санкцій по відношенню до бенефіціарів чи представників. Це є предметом окремого розділу контракту, який містить загальні заяви, ковенанти та гарантії;

- антикорупційне застереження може містити право сторони проводити аудит іншої сторони на предмет відповідності її діяльності антикорупційній політиці та законодавству;
- антикорупційне застереження має містити право сторони розірвати договір і вимагати відшкодування збитків у випадку порушення іншою стороною цього застереження.

#### **4. Чи варто включати в контракти антикорупційне застереження**

Будь-яка компанія, що бажає ввести в договірні відносини антикорупційні положення або зобов'язання, має заздалегідь розуміти мету, яку вона справді має намір реалізувати. Не варто включати антикорупційне застереження в контракт виключно з міркувань «про всяк випадок». Таке застереження повинно бути розробленим та включеним в контракт в світлі реальної карти ризиків комерційної операції і бути пропорційним до мети компанії. В іншому випадку антикорупційне застереження буде переобтяжувати відносини між контрагентами.

Важливо також, щоб антикорупційне застереження відповідало не лише наміру, але і реальній готовності сторін його реалізувати. Наприклад, якщо українська компанія не готова розірвати контракт у випадку комерційного підкupu свого співробітника, то немає ніякого сенсу включати антикорупційне застереження в контракт.

Потрібно також реалістично оцінювати можливість реалізації антикорупційного застереження. Наприклад, в Україні факт вчинення особою корупційного злочину може бути встановлений виключно судом. Враховуючи динаміку торгових відносин, очікування закінчення розслідування та

винесення вироку суду просто не відповідає реаліям бізнесу.

Така ситуація може створити ілюзію, що антикорупційне застереження в принципі не може бути реалізовано. Проте в спорах, які вирішуються за правом, наприклад, Англії, практика останніх років свідчить про можливість розірвання контракту і без встановлення факту корупційного злочину національними правоохоронними органами

Аграрним компаніям в Україні, які підписують міжнародні договори з антикорупційним застереженням, необхідно оцінювати повний обсяг і можливі наслідки таких положень. У цьому контексті важливо забезпечити однакове розуміння сторонами конкретних очікувань від такого застереження. В ідеалі, протокол реалізації повинен бути заздалегідь узгоджений в договорі (в тексті антикорупційного застереження), щоб уникнути майбутніх непорозумінь.

Це важливо в світлі арбітражних рішень європейських судів останніх років, які почали реалізовувати антикорупційні застереження в комерційних контрактах. Антикорупційне застереження перестало бути формальною необхідністю і може бути підставою для реальних наслідків.

## 5. На що слід звернути увагу

Насамперед, необхідно врахувати, що при укладенні контракту з американською чи британською компанією включення антикорупційного застереження є невідворотним. Така ж ситуація виникає при укладенні контрактів з українськими компаніями, які мають розроблені та затверджені антикорупційні програми.

Зазвичай, антикорупційні застереження в контрактах з такими контрагентами надзвичайно перевантажені підтверджуючими заявами, гарантіями та зобов'язаннями. Також вони можуть містити суворі та часто нездійсненні вимоги щодо аудиту дотримання антикорупційних правил. Дуже часто при юридичному аналізі контракту ці застереження випускаються з уваги. Але з огляду на тенденції в арбітражній та судовій практиці – це хибний підхід і може мати суто комерційні наслідки.

Аналізуючи антикорупційне застереження в контракті, передусім, варто звернути увагу на:

- зміст заяв, зобов'язань і гарантій. Компанія може підтвердити або гарантувати лише ті обставини, про які їй може стати відомо в розумний спосіб. Це ж стосується зобов'язань – компанія може вчиняти тільки ті дії, які знаходяться під її контролем. Наприклад, в українських реаліях неможливо гарантувати невідкриття правоохоронними органами кримінальної справи за підозрою у вчиненні корупційного злочину співробітниками компанії. Ці обставини не залежать від волі компанії. Заявляючи про відсутність судимостей за корупційні злочини або про відсутність кримінального провадження щодо уповноваженого співробітника компанії треба розуміти, що джерелом такої інформації, зазвичай, є заява самого співробітника. Таку інформацію неможливо правомірно перевірити оперативним чином (наприклад, в Україні приватні особи не мають доступу до Єдиного реєстру досудових розслідувань);

- права контрагента щодо проведення аудиту компанії на предмет дотримання антикорупційного законодавства. Такий аудит, наприклад, може вимагати надання інформації, що складає персональні дані співробітників. Тоді компанія змушена буде або порушити умови контракту, або порушити законодавство про захист персональних даних;
- наслідки порушення антикорупційного застереження. У світовій договірній практиці вважається некоректним включати штрафи до наслідків порушень антикорупційного застереження. Основними наслідками такого порушення є право одностороннього розірвання договору та відшкодування збитків внаслідок такого розірвання;

Загалом, практика включення антикорупційного застереження стає щоразу більш поширеною в міжнародних торгових операціях. Безпідставна відмова від включення таких застережень у міжнародні контракти може негативно впливати на репутацію української аграрної компанії. Водночас, варто приділяти прискіпливу та професійну увагу антикорупційним застереженням в контрактах. В іншому випадку антикорупційне застереження в контракті може створити для української компанії зобов'язання, які неможливо виконати, або виконання яких знаходиться поза контролем такої компанії, і привести до збитків в торговій операції.