

УДК 346.12

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Проблемы внедрения системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в России (применимость зарубежного опыта)

Каирова Д. З.,
Кабардино-Балкарский
государственный университет
им. Х. М. Бербекова,
г. Нальчик

Аннотация

Рассматриваются понятие системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, перспективы ее внедрения в деятельность юридических лиц России (с учетом релевантного опыта отдельных зарубежных стран). Также анализируется возможность отнесения наличия в компаниях системы антимонопольного комплаенса к смягчающим обстоятельствам в случае выявления правонарушений соответствующего законодательства. Исследуются факторы, способные повысить продуктивность данной системы.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, антимонопольный комплаенс, административные правонарушения, смягчающие обстоятельства.

Problems of implementing antitrust compliance in Russia (applicability of foreign experience)

Darina Z. Kairova,
Kabardino-Balkarian State
University n. a. H. M. Berbekov,
Nalchik

Annotation

The concept of antitrust compliance, the prospects for its implementation in the activities of legal entities of Russia (taking into account the relevant experience of individual foreign countries) are considered. It also analyzes the possibility of classifying the presence of an antitrust system in companies as extenuating circumstances in case of violations of the relevant legislation. Factors that can increase the productivity of this system are investigated.

Keywords: antitrust laws, antitrust compliance, administrative offenses, extenuating circumstances.

Введение

Конкурентное право распространяется на подавляющее большинство хозяйствующих субъектов, независимо от доли на рынке и сферы деятельности. Значительная часть привлекаемых к ответственности юридических лиц, как правило, до недавнего времени не имела системы внутренних правил, которые бы обеспечивали достаточную степень информированности их владельцев и сотрудников об антимонопольных запретах и ограничениях. Об особенностях и проблемах применения института системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства (далее по тексту для единообразия с зарубежным законодательством целесообразно называть данную систему антимонопольным комплаенсом) в России пока говорить рано, поскольку соответствующая законодательная новелла — Федеральный закон от 01.03.2020 № 33-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции», вступила в силу 12 марта 2020 г.¹

Целью изыскания выступает выявление положительных и отрицательных аспектов введения антимонопольного комплаенса в российских компаниях. Для достижения поставленной цели решаются такие задачи, как исследование правовой природы антимонопольного комплаенса, анализ причин правонарушений, которые он должен предупреждать, оценка целесообразности квалификации наличия антимонопольного комплаенса в компании как смягчающего обстоятельства для разрешения административных дел.

Антимонопольные риски — это, как правило, высокие штрафные санкции, репутационные последствия, убытки для компании, а в случае с крупными картельными соглашениями — это основание для уголовной ответственности. Эти обстоятельства концентрируют внимание бизнеса на принятии мер по предупреждению и управлению антимонопольными рисками.

Дефиницию исследуемого понятия дает Федеральный закон от 01.03.2020 № 33-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»». Очевидно, основывается на более раннем определении по Приказу ФАС России № 1646/18 от 27.11.2018 «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в ФАС России (антимонопольном комплаенсе)» [9]. Так, по смыслу положений отечественного конкурентного законодательства, антимонопольный комплаенс является совокупностью правовых и организационных мер, нацелен-

ных на соблюдение требований конкурентного законодательства и предупреждение его нарушений.

Любые внешние коммуникации могут стать источниками риска: с конкурентами, контрагентами, государственными структурами. К наиболее распространенным нарушениям конкурентного законодательства относятся картельные сговоры между участниками рынка, с органами власти, недобросовестная конкуренция, несоблюдение процедур в сфере закупок и т. д. Логично, что предметной областью для комплаенса может выступать любое из этих нарушений, и каждый такой кейс является уникальным, что осложняет работу системы.

Правовая природа правонарушений в сфере конкурентного права

Конкурентное право России не ограничивается одним нормативным актом и включает в себя множество федеральных законов, содержащих в какой-либо степени нормы антимонопольного законодательства Российской Федерации. К таковым можно отнести, в частности, федеральные законы «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ² (далее — Закон о защите конкуренции), «О естественных монополиях» от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ³, «О рекламе» от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ⁴, «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ⁵; «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ⁶; «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ⁷.

¹ См.: Федеральный закон от 01.03.2020 № 33-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» // СПС КонсультантПлюс.

² См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «О защите конкуренции» // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О естественных монополиях» // СПС КонсультантПлюс.

⁴ См.: Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «О рекламе» // СПС КонсультантПлюс.

⁵ См.: Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ (ред. от 24.04.2020) «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СПС КонсультантПлюс.

⁷ См.: Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ (ред. от 28.11.2018) «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СПС КонсультантПлюс.

В связи с этим следует заключить, что антимонопольный комплаенс неспособен «объять» все условия и запреты, которые закреплены в нормативных документах. В соответствии с этим он может и должен быть направлен на пресечение нарушений, которые могут возникнуть в ходе хозяйственной деятельности (учитывая ее специфику) того или иного субъекта, в чем и проявляется индивидуальность такой программы [8, с. 50].

Об основных причинах нарушения антимонопольного законодательства

Так как исследуемая система предполагает внутреннее саморегулирование хозяйствующего субъекта, нарушение конкурентного законодательства говорит о том, что или настоящий механизм неэффективен, и ответственность должна нести компания (и/или соответствующие должностные лица), надлежащим образом не обеспечившая его деятельность, или имеет место эксцесс исполнителя, когда компетентный работник, ознакомленный с правилами поведения в пределах выполнения его полномочий, совершил деяние, повлекшее такое нарушение. Так, в Японии данная мысль отражена правоприменительной практикой JFTC. По делу против Alpine Electronics суд исходил из того, что «...сотрудники должны быть полностью осведомлены о прекращении нарушающего действия»⁸.

Оправдание допущенного нарушения антимонопольного законодательства виной отдельного сотрудника относится к приемам «классической» защиты в делах о картелях, которая зачастую не соответствует многим ситуациям, где задействовано руководство компании. Эмпирические исследования совокупности нарушений антимонопольного законодательства, которые были выявлены и пресечены антимонопольными органами, говорят о том, что большинство нарушений связаны с высшим руководством [14]. В остальных случаях, когда не может быть установлено участие руководства компании, виновным лицом должен признаваться работник, которому компания предоставила полномочия устанавливать или согласовывать цены, вести переговоры и заключать контракты и пр. [17].

В связи с этим важно отметить, что человеческий фактор — главное, с чем нужно работать при внедрении антимонопольного комплаенса, так как ответственность за действия отдельных лиц, как правило, несет все предприятие. В США решением этой проблемы является внедрение должности комплаенс-офицера и его

подотчетность напрямую совету директоров. Также урегулировать описанную ситуацию помогут локальные акты о привлечении работников к дисциплинарной ответственности за нарушение антимонопольных требований [11].

Хотя антимонопольный комплаенс уже внедрен некоторыми крупными обществами (ПАО «МТС», ГК «Автотор», ООО «Пивоваренная компания «Балтика», ОАО «ЯТЭК», ПАО «Уралкалий», ПАО «НК «Роснефть», ПАО «Газпром нефть» и др.), большинство компаний не стремится к приобщению к этой системе из-за необходимости крупных затрат, сомнений по поводу гарантий снижения размера административной ответственности (при наличии внедренной системы антимонопольного комплаенса) в случае непреднамеренного нарушения законодательства и пр. [8, с. 49].

Развивая подобные предположения, нужно заявить, что действенная программа комплаенса способна помочь персонифицировать ответственность: перенести ее там, где это возможно по закону, с юридического лица или руководства на конкретного менеджера, знавшего о запретах и последствиях, но осознанно рисковавшего, преследуя личные цели. Поэтому затраты, направленные на внедрение антимонопольного комплаенса, выгодны руководству, так как программа позволяет пресечь действия, которые могут повлечь назначение штрафов и иных санкций, превосходящих расходы [15]. Также программа может стать эффективным инструментом выявления и предупреждения посягательств на интересы компании от третьих лиц [6].

Наличие системы антимонопольного комплаенса как смягчающее обстоятельство

В национальных законодательствах некоторых развитых стран отслеживается интересная практика: конкурентные нормы в случае антимонопольных правонарушений устанавливают смягчающее обстоятельство, выступающее неким поощрением внедрения антимонопольного комплаенса в компаниях. Забегая вперед, следует сказать, что для смягчения наказания антимонопольный комплаенс должен быть внедрен до возбуждения дела об административном правонарушении, и к моменту рассмотрения дела правонарушение должно быть прекращено [7].

Так, описанные положения содержит ст. L464-2 Коммерческого кодекса Франции⁹, они гласят: если благодаря комплаенс-программе обнаружено и устранено нарушение, то это можно считать как смягчающее об-

⁸ См.: Corporate Compliance System. The present status and issues of the corporate compliance mainly with the Antimonopoly Act (p. 11). // https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/survey/index_files/060524fulltext.pdf (Дата обращения: 22.05.2020).

⁹ См.: Коммерческий кодекс Франции. Перевод с франц. Комментарий. В. Н. Захватаева. М., 2008. 1272 с.

стоятельство. Смягчающим ответственность фактором также можно считать принятие компанией на себя обязательств по внедрению комплаенс-программы после обнаружения нарушения конкурентным ведомством. Схожую норму в себе содержит конкурентное законодательство Италии, устанавливая снижение меры ответственности до 15% [2].

Легислатуры Великобритании придерживаются аналогичной позиции. Подтверждением этому может послужить дело в отношении Hasbro U. K. Ltd, Agros Ltd и Littlewoods Ltd [16]. Фабула дела состоит в том, что указанные компании были признаны нарушившими Раздел II (Abuse of Dominant Position) Competition Act 1998 г. в части соглашения о формировании цен [3]. Штраф Hasbro U. K. Ltd составил 15,59 млн фунтов стерлингов. В результате учета смягчающих обстоятельств, в т. ч. пересмотра и модернизации комплаенс-программы, штраф был снижен на 10%.

В США вопрос о смягчении наказания за нарушения антимонопольного законодательства также разрешается в пользу хозяйствующего субъекта¹⁰. Тем самым Министерство юстиции США мотивирует хозяйствующих субъектов к введению комплаенс-программ, и в частности гарантирует, что факт добровольного информирования о нарушении будет приниматься к сведению в ходе назначения наказания. В подобном ключе суды, назначая уголовные наказания за преступления в конкурентной сфере, пользуются Руководством США по вынесению приговора, рекомендуя суду учитывать наличие внедренной корпорацией действенной программы этики и комплаенса [5].

Говоря об интеграции подобной практики в российское право, стоит упомянуть, что ФАС России уже вносила законопроект с поправками к № 135-ФЗ, затрагивая данную тематику в контексте именно административных правонарушений для ст. 14.31—14.33 КоАП РФ [1].

Однако легализация таких положений весьма сомнительна. Во-первых, действующее законодательство уже предусматривает основания для смягчения административной ответственности (п. 2—7 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) [10, с. 9; 12, с. 3].

Во-вторых, высока вероятность формального применения института комплаенса для смягчения мер ответственности хозяйствующих субъектов и должностных лиц. В этом случае мотивация к внедрению антимонопольного комплаенса впоследствии обернется поощрением нарушения законодательства.

В-третьих, в любом случае решение о рассмотрении наличия эффективной программы комплаенса в качестве смягчающего обстоятельства остается в сфере компетенции антимонопольного ведомства и индивидуально для каждого дела [4].

Решение проблемы

Для обеспечения продуктивности используемых программ антимонопольного комплаенса и их унификации, а как следствие, для решения вышеописанных проблем необходима разработка критериев оценки эффективности программ. Такая разработка не должна ограничиваться только национальным законодательством, и должна быть вынесена на международный уровень.

В Стандарте ISO Австралии и Новой Зеландии (Стандарт AS/NZ 3806-2006)¹¹ для комплаенс-программ предложено Международной организации стандартизации разработать новый глобальный стандарт ISO для комплаенс-программ, предлагающий принципы и методические рекомендации для организаций относительно планирования, разработки, реализации, функционирования и модернизации эффективной комплаенс-программы.

Закон Бразилии (Постановление № 14/2004) [13] содержит рекомендации о том, как разработать программу обеспечения соответствия, устанавливая требования и условия для соответствующего бразильского антимонопольного органа (SDE) для выдачи сертификата соответствия. По сути, это «знак качества», который будет вручен, если программа соответствует юридическим директивам, описанным в Указе. Сертификат подтверждает, что в компании действует антимонопольная программа и что высшее руководство установило определенные директивы для продвижения антимонопольной культуры. Чтобы получить сертификат (действителен в течение двух лет), компания должна предоставить описание программы, раскрытие стандартов и процедур, которым должны следовать сотрудники, и обозначение руководителей для координации и контроля предлагаемых целей программы.

Конкурентное ведомство Италии устанавливает критерии оценки эффективности, которые достойны выступить примером для стандартов других стран. Эти характеристики включают в себя:

- участие руководства в реализации программы;
- назначение ответственного должностного лица;
- выявление и оценку антимонопольных рисков в соответствии с родом деятельности субъекта;

¹⁰ См. U.S. Department of Justice Antitrust Division. Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations (July 2019). URL: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1181891/download> (Дата обращения: 04.05.2020).

¹¹ См. Australian Standard Compliance programs // <http://aeaecompliance.com/images/documentos/AS-3806-2006-Compliance-Standard.pdf> (Дата обращения: 22.05.2020).

- наличие программы обучающих мероприятий;
- поощрение или дисциплинарную ответственность за добросовестное или недобросовестное выполнение программы¹².

Заключение

Анализ зарубежной практики позволяет заключить, что несмотря на возникающие в процессе внедрения антимонопольного комплаенса проблемы, использование компаниями данного института дает им ряд существенных преимуществ по отношению к тем компаниям, в которых система не внедрена.

Антимонопольный комплаенс является также действенной мерой адвокатирования конкуренции.

Совершенствование данного института в российском праве должно выступать одним из приоритетных направлений конкурентного законодательства. ■

Литература

1. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (КоАП РФ) // «Российская газета» от 31 декабря 2001 г.
2. Linee Guida Sulla Compliance Antitrust (p.23) URL: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/linee-guida-compliance/linee_guida_compliance_antitrust.pdf (Дата обращения: 22.05.2020).
3. Competition Act 1989 // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (Дата обращения: 22.05.2020).
4. Антимонопольный комплаенс: текущая практика и перспективы развития. Аналитический доклад (дек. 2015 г.) // <http://ac.gov.ru/files/publication/a/7838.pdf> (Дата обращения: 22.05.2020).
5. Глубокая Ю. Антимонопольный комплаенс в США и Европе. По какому пути пойдет Россия? // Конкуренция и право. 2015. № 4. С. 5—9.
6. Денченкова О. Антимонопольный комплаенс: защищаем бизнес (10 января 2019 г.) // Право.ru (Дата обращения: 22.05.2020).
7. Добрикова Е. ФАС России: антимонопольный комплаенс — это механизм легальной минимизации рисков (31 августа 2017 г.) // <https://www.garant.ru/> (Дата обращения: 22.05.2020).
8. Кванина В. В. Антимонопольный комплаенс и его правовая природа // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». 2019. Т. 19. № 1. С. 46—52.
9. Приказ ФАС России № 1646/18 от 27.11.2018 «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в ФАС России (антимонопольном комплаенсе)» // <https://fas.gov.ru/documents/670479> (Дата обращения: 22.05.2020).
10. Пружанский В. Е., Суббот А. В. Антимонопольный комплаенс: цена вопроса // Закон. 2017. № 12. С. 6—15.
11. Материалы International Chamber of Commerce // The ICC Antitrust Compliance Toolkit. 2015. // <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit-russian/> (Дата обращения: 22.05.2020).
12. Соколовская Е. Антимонопольный комплаенс: инструкция к применению // Конкуренция и право. 2016. № 2. С. 3—4.
13. Annual report on Competition Policy in Developments in Brazil, as submitted by the Brazilian antitrust authorities to the OECD Competition Committee on 10 May 2010 DAF/COMP(OECD) // [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2019\)39/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2019)39/en/pdf) (Дата обращения: 22.05.2020).
14. Berzins M. and Sofo F. The inability of compliance strategies to prevent collusive conduct // Corporate Governance, 8 (5), 2008. P. 669—680.
15. Baer Miriam H. Governing Corporate Compliance // 50 B.C.L. Rev. 2009. P. 949.
16. Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/8/2003 Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games // <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4d340f0b666a2000168/hasbro3.pdf> (Дата обращения: 22.05.2020).
17. Wouter P. J. Wils Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement // Journal of Antitrust Enforcement. 2013. April. Vol. 1. No. 1. P. 52—81.

¹² См.: Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152 — Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 // <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=cbb9e335-a9ca-4efb-97ac-71dbd831c491&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa> (Дата обращения: 22.05.2020).

Проблемы внедрения системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям...

Сведения об авторе

Каирова Дарина Замировна: студентка 4-го курса Института права, экономики и финансов КБГУ им. Х. М. Бербекова

Контактная информация:

Адрес: 360004, г. Нальчик, ул. Чернышевского, д. 173

E-mail: young.drihanna@mail.ru

Научный руководитель:

Пшиншев Казбек Галимович: руководитель УФАС России по Кабардино-Балкарской Республике, Государственный советник Российской Федерации 2-го класса, Заслуженный экономист Кабардино-Балкарской Республики, ИО заведующего кафедрой конкурентного права и антимонопольного регулирования КБГУ им. Х. М. Бербекова