



Антон Смирнов,
советник международной юридической
фирмы «Хоган Лавеллз»



Екатерина Ряbkова,
юрист международной юридической
фирмы «Хоган Лавеллз»

Дела «Бакстер», «Тева» и «Ново Нордиск-2»: о соотношении антимонопольного и антикоррупционного законодательства

В 2014 г. российские суды рассмотрели ряд дел об оспаривании актов Федеральной антимонопольной службы РФ (далее — ФАС России) с общим подходом к вопросу о праве доминирующего субъекта на отказ от заключения договора или поставки товара на основании предполагаемого нарушения контрагентом антикоррупционного законодательства. В статье анализируются противоречия между российским антимонопольным законодательством и антикоррупционными нормами, предлагаются практические варианты снижения риска привлечения компаний к ответственности.

История вопроса: первое дело «Ново Нордиск»

Вопрос о соотношении антимонопольного и антикоррупционного регулирования в России впервые был поднят в 2010 г. при рассмотрении в ФАС России и судах дела в отношении компании «Ново Нордиск»¹. Кратко напомним суть вопроса. Проверив в 2010 г. деятельность компании, ФАС России выявила факты ее уклонения от заключения договоров с несколькими дистрибьюторами. Было установлено, что «Ново Нордиск» занимает доминирующее положение по ряду лекарственных препаратов на фармацевтическом рынке и в силу п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите

конкуренции» не вправе экономически и технологически необоснованно отказываться или уклоняться от заключения договора поставки таковых.

В обоснование правомерности своего отказа от заключения договоров «Ново Нордиск» ссылалась на то, что на нее, как на международную компанию, распространяется действие иностранного антикоррупционного законодательства, в том числе Акта США о противодействии коррупции за рубежом (Foreign Corrupt Practices Act — далее FCPA). Согласно этому акту компания может нести ответственность за коррупционные действия, совершенные от ее имени или в ее интересах третьими лицами, включая дистрибьюторов. В соответствии с FCPA, для снижения рисков ответственности «Ново

¹ Дело № А40-148956/10-92-998.

Нордиск» должна была проводить антикоррупционный аудит (due diligence) действующих и потенциальных контрагентов. Права компании на проведение аудита, а также на отказ от заключения договора с потенциальным дистрибьютором или расторжение с уже действующим были предусмотрены в Коммерческой политике «Ново Нордиск» и ее Типовом договоре с дистрибьютором.

Отклоняя доводы компании, ФАС России приняла во внимание то, что процедура аудита контрагентов не была детально урегулирована ее действующей политикой, и отметила, что требования к деловой репутации партнеров (включая антикоррупционную их составляющую) не предусмотрены российским законодательством. В результате ФАС России признала «Ново Нордиск» нарушившей антимонопольное законодательство и предписала исключить из ее Коммерческой политики и Типового дистрибьюторского договора положения об антикоррупционном аудите контрагентов и обязанности соблюдения не предусмотренных российским законодательством требований, а также о возможности отказа от заключения договора в случае нарушения таковых.

Оспаривание решения и предписания ФАС России в суде завершилось в 2011 г. мировым соглашением², по условиям которого антимонопольный орган, в частности, согласился с тем, что компания «Ново Нордиск», как доминирующий субъект, вправе проводить проверки контрагентов на предмет соблюдения ими российского, иностранного и международного антикоррупционного законодательства, не злоупотребляя при этом своим доминирующим положением и не нарушая антимонопольного законодательства, а также констатировал, что компания исполнила выданное ей предписание — внесла требуемые изменения и утвердила новую редакцию Коммерческой политики и Типового дистрибьюторского договора, предусмотрев критерии и процедуру оценки контрагентов и условия о соблюдении контрагентами принципов деловой этики «Ново Нордиск» с правом расторжения договора при их несоблюдении. Следует отметить, что в результате рассмотрения первого дела «Ново Нордиск» были сформулированы лишь общие принципы соотношения антимонопольного и антикоррупционного законодательства, в то время как многие детали остались неясными.

² Определение Арбитражного суда г. Москвы от 28.07.2011 по делу № А40-148956/10-92-998

В результате рассмотрения первого дела «Ново Нордиск» были сформулированы лишь общие принципы соотношения антимонопольного и антикоррупционного законодательства, в то время как многие детали остались неясными

Реформирование антикоррупционного законодательства в 2011–2013 гг. и комментарии ФАС России

Параллельно с делом «Ново Нордиск» развивалось российское антикоррупционное законодательство. В мае 2011 г. были существенно увеличены размеры штрафов за незаконное вознаграждение от имени юридического лица (ст. 19.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях — далее КоАП РФ). В декабре 2012 г. в Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (далее — Закон о противодействии коррупции) была включена новая ст. 13.3, вменяющая организациям в обязанность принятие мер по предупреждению коррупции.

В развитие новых положений Закона о противодействии коррупции и во исполнение Указа Президента РФ от 02.04.2013 № 309 в ноябре 2013 г. Министерство труда и социальной защиты РФ разместило на своем официальном сайте Методические рекомендации по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции (далее — Методические рекомендации), где:

- в п. 2 разд. II обратило внимание организаций на возможность применения к ним норм и санкций, установленных не только российским, но и зарубежным антикоррупционным законодательством, например FCPA и закона Великобритании о борьбе со взяточничеством (UK Bribery Act);
- в п. 1 и п. 8 разд. IV указало в качестве направления антикоррупционной работы профилактику коррупции при выборе организаций-контрагентов путем установления и сохранения деловых отношений с добросовестными организациями, заботящимися о собственной репутации, демонстрирующими поддержку высоких этических стандартов при

К 2013 г. в российском законодательстве появились положения об антикоррупционном due diligence контрагентов, которые ранее имели место лишь в зарубежных правовых актах

ведении бизнеса и реализующими собственные меры по противодействию коррупции;

- в п. 8 разд. IV подчеркнуло необходимость внедрения в организациях специальных процедур проверки контрагентов, например в виде сбора и анализа находящихся в открытом доступе сведений о потенциальных контрагентах (их репутации в деловых кругах, длительности деятельности на рынке, участия в коррупционных скандалах).

Таким образом, к 2013 г. в российском законодательстве появились положения об антикоррупционном due diligence контрагентов, которые ранее имели место лишь в зарубежных правовых актах.

В свете проводимых реформ и в связи с высоким интересом бизнес-сообщества к делу «Ново Нордиск» представители ФАС России детально разъясняли на различных конференциях свою позицию по данному делу и рекомендуемый подход. В частности, в рамках выступления на Санкт-Петербургском международном юридическом форуме в 2013 г. начальник правового управления ФАС России С. А. Пузыревский указал на необходимость формирования доминирующим субъектом четких и прозрачных критериев, по которым можно отграничить неблагонадежных контрагентов с точки зрения коррупции, и публично объявить о применяемых подходах. Признавая сложность вопроса о допустимых критериях, он отметил, что в этом качестве должны применяться конкретные факты, указывающие на причастность компании-контрагента к действиям коррупционного характера, и порекомендовал во избежание неправильного соотношения антикоррупционного и антимонопольного законодательства издать Правила торговой практики, в которых определить порядок отбора контрагентов (в качестве примера была приведена новая политика «Ново Нордиск»).

Подход ФАС России, описанный господином Пузыревским, нашел отражение, в частности, в утвержденном Ассоциацией европейского бизнеса и одобренном ФАС России в конце 2013 г. Кодексе поведения автопроизводителей, где участникам

предлагалось установить прозрачные, мотивированные коллегиальные процедуры выбора дилеров и подчеркивалось, что несоответствие установленным участниками комплаенс требованиям и требованиям о надлежащей репутации может являться основанием для отказа от заключения договора с кандидатом в дилеры (п. 1) и продажи независимым сервисным станциям специального оборудования, специальных инструментов и запчастей (п. 14, 15).

Несмотря на большой интерес к практическим аспектам соотношения антимонопольного и антикоррупционного законодательства, с 2011 г., то есть со времени окончания судебного разбирательства по первому делу «Ново Нордиск», данная проблема в судах не обсуждалась.

Дела «Бакстер», «Тева» и «Ново Нордиск 2»: обновленные подходы ФАС России

В 2013 г. на рассмотрении в ФАС России оказались сразу три (не связанные между собой, но схожие) ситуации с участием компаний «Ново Нордиск», «Бакстер» и «Тева». В каждом случае производителям фармацевтической продукции вменялось злоупотребление доминирующим положением: компании «Бакстер» — в связи с отказом от заключения договора с потенциальным дистрибьютором из-за непрохождения последним процедуры антикоррупционного due diligence, компаниям «Тева» и «Ново Нордиск» — в связи с отказом от поставки товара действующим дистрибьюторам из-за несоблюдения ими требований антикоррупционного законодательства.

Во всех случаях ФАС России признала факт злоупотребления доминирующим положением и вынесла соответствующий акт не в пользу фармпроизводителя: в отношении компании «Ново Нордиск» — предупреждение, а в отношении компаний «Бакстер» и «Тева» — решения. При оспаривании актов ФАС России в 2014 г. решения судов были вынесены в пользу антимонопольного органа³ на следующем основании:

- компания необоснованно отказала дистрибьютору в заключении договора, так как ее Коммерческая политика не содержала критериев выбора и одобрения дистрибьютора, сроков и процедур рассмотрения предложений, порядка и условий работы с ним и прекращения дистрибьюторских отношений, критериев и сроков принятия компанией решений. Кроме того, компания не представила копий протоколов, решений, актов и других

³ Дела № А40-154847/13; А40-72433/2014; А40-42997/2014.

документов, подтверждающих процесс рассмотрения заявки дистрибьютора⁴;

- требования по прохождению дистрибьютором проверки по ФСРА, как условия заключения договора на поставку товара, не относятся к предмету такового и не являются экономически или технологически обоснованными, поскольку дистрибьютор, как российское юридическое лицо, обязан соблюдать российское антикоррупционное законодательство, в то время как его обязанность пройти проверку по ФСРА не предусмотрена законодательством РФ⁵;
- невключение положений об аудите в текст договора поставки не лишает компанию права требовать от дистрибьютора соблюдения антикоррупционного законодательства вне рамок договора⁶.

Первый довод, хотя и является отчасти оценочным, вполне укладывается в логику ФАС России по первому делу «Ново Нордиск». Второй, хотя и может считаться неоднозначным, также понятен, поскольку ФАС России и суды в первую очередь заинтересованы в соблюдении российского законодательства, а иностранное регулирование принимают во внимание в не противоречащей ему части. Третий же довод является спорным, поскольку отсутствие в договоре поставки положений об антикоррупционном аудите фактически лишает продавца реальной возможности контролировать соблюдение дистрибьютором антикоррупционного законодательства и применять гражданско-правовые средства защиты в случае нарушения (например, в виде расторжения договора).

Наиболее важным представляется отметить ряд сделанных ФАС России и судами общих выводов о толковании и порядке применения антикоррупционного законодательства, которые вызывают, по меньшей мере, серьезные вопросы.

Главный вывод, сделанный без учета упомянутых положений Методических рекомендаций об антикоррупционном due diligence контрагентов как средства предотвращения коррупции, состоит в следующем. По мнению ФАС России и судов, действия дистрибьютора, направленные на последующую перепродажу товара, не затрагивают прав поставщика в контексте административной ответственности согласно ст. 19.28 КоАП РФ. ФАС России и суды пришли к этому выводу на основании ряда посылок:

По мнению ФАС России и судов, действия дистрибьютора, направленные на последующую перепродажу товара, не затрагивают прав поставщика в контексте административной ответственности согласно ст. 19.28 КоАП РФ

- для целей применения административной ответственности (ст. 19.28 КоАП РФ) в контексте Закона о противодействии коррупции необходимо, чтобы противоправные деяния осуществлялись именно «от имени и в интересах» юридического лица;
- в отношениях поставщика (фармпроизводителя) и дистрибьютора не может возникнуть действий последнего от имени и в интересах первого в силу следующих обстоятельств: во-первых, гражданско-правовой договор между ними не предполагает «подобную конструкцию», во-вторых, с переходом права собственности на товар поставщик больше не несет ответственности за его юридическую судьбу;
- как следствие, поставщик не вправе ссылаться на ст. 19.28 КоАП РФ и ст. 13.3 Закона о противодействии коррупции в обоснование своего права проведения проверки контрагентов и отказа от заключения договора с ними.

Согласиться с данным выводом нельзя, поскольку он основан на неправильной квалификации последствий действий дистрибьютора для компании в части применения ст. 19.28 КоАП РФ. Объективная сторона правонарушения, предусмотренного ст. 19.28 КоАП РФ, заключается в незаконной передаче, незаконном предложении или обещании предмета взятки от имени или в интересах юридического лица⁷. Иными словами, ст. 19.28 КоАП РФ не требует наличия юридически оформленных отношений представителя и представляемого (будь то в виде доверенности, гражданско-правового или трудового договора) между взяткодателем (дистрибьютором или его сотрудником) и юридическим лицом, в интересах которого дана взятка (поставщиком).

Следовательно, ст. 19.28 КоАП РФ оставляет возможность для привлечения поставщика к ответственности за действия его дистрибьютора

⁴ Дело «Бакстер».

⁵ Дело «Тева».

⁶ Второе дело «Ново Нордиск».

⁷ Примеч. — выделено авт.

и в отсутствие юридически оформленных отношений представителя и представляемого. Для этого необходимо доказать, что дистрибьютор дал взятку в интересах поставщика, а последний не принял все зависящие от него меры по предотвращению этого. Такой подход соответствует общепринятой мировой практике, поскольку стимулирует поставщиков не закрывать глаза на возможные коррупционные нарушения своих дистрибьюторов, которые таким образом увеличивают продажи их товара. Однако в России данный подход в явном виде пока не нашел отражения ни в законодательстве, ни в разъяснениях и практике применения судами ст. 19.28 КоАП РФ.

Показательно, что, несмотря на утверждения о принципиальной невозможности привлечения поставщика к ответственности по ст. 19.28 КоАП РФ за действия дистрибьютора, ФАС России, тем не менее, сочла необходимым указать перечень мер, которые могут свидетельствовать об отсутствии вины поставщика (и, как следствие, об отсутствии состава административного правонарушения) по ст. 19.28 КоАП РФ. По мнению антимонопольного органа, об отсутствии вины могло бы свидетельствовать «осуществление отбора потенциальных контрагентов с применением прозрачных и недискриминационных процедур, при детальной регламентации сроков принятия решений, перечня необходимых документов и сведений, а равно исчерпывающего перечня оснований для отказа в заключении договора.»

Отчасти соглашаясь с приведенным перечнем, отметим, что в контексте ст. 19.28 КоАП РФ для признания отсутствия вины этого недостаточно, так как указанные меры имеют отношение к проверке контрагентов только при заключении с ними договоров, а не во время последующего осуществления ими текущей деятельности.

Главный же недостаток предлагаемого описания антикоррупционных мер, соответствующих, с точки зрения ФАС России, антимонопольному законодательству, заключается в его исключительно общем характере. Говоря о необходимости регламентации перечня необходимых документов и сведений, а также оснований для отказа от заключения договора, ФАС России в очередной раз не указала, какие документы и сведения можно принимать во внимание при оценке репутации контрагента, и какие основания для отказа от заключения договора будут являться обоснованными.

Признавая всю сложность вопроса об определении допустимых критериев оценки контрагентов, нельзя не отметить противоречивость

позиции регуляторов в контексте двух дел в отношении «Ново Нордиск». В 2011 г. ФАС России в своем пресс-релизе⁸ указывала, что утвержденная по результатам первого дела «Ново Нордиск» Коммерческая политика содержит четкие критерии и сроки оценки потенциальных и действующих контрагентов (включая проверку деловой репутации), а также четкую процедуру принятия решения в отношении потенциального контрагента о сотрудничестве. После 2011 г. представители ФАС России также высоко оценивали Коммерческую политику и Типовой дистрибьюторский договор компании, однако в 2014 г. в рамках второго дела «Ново Нордиск» антимонопольный орган и суды вновь (как и в 2011 г.) пришли к выводу, согласно которому включение в дистрибьюторский договор положений об антикоррупционном due diligence является злоупотреблением доминирующим положением. По-видимому, Коммерческая политика «Ново Нордиск» не была принята во внимание, хотя именно в ней детально описаны критерии и процедуры due diligence, то есть те самые положения, на необходимости наличия которых неоднократно настаивала ФАС России.

Выводы и рекомендации

Решения ФАС России и судов порождают значительную правовую неопределенность в вопросе о соотношении антикоррупционного и антимонопольного законодательства. Фактически ситуация, которая имела место до рассмотрения первого дела «Ново Нордиск», не только возобновилась, но и стала еще более неясной. Помимо вопроса о допустимости отказа от заключения договора по репутационным основаниям перед потенциальными доминирующими субъектами встает проблема соблюдения требований новых положений российского антикоррупционного законодательства (ст. 13.3 Закона о противодействии коррупции и Методических рекомендаций), практика применения которых пока не сформирована.

Необходимость внесения ясности в правовое регулирование подчеркивается Национальным планом противодействия коррупции на 2014–2015 гг. Так, реализация требований ст. 13.3 Закона о противодействии коррупции и ст. 19.28 КоАП РФ отнесена в нем к числу основных задач. Кроме того, в соответствии с Национальным планом Правительству РФ было предложено внести предложения о законодательном закреплении за соответствующим органом власти функции разработки, внедрения и консультативно-методического обеспечения мер по предупреждению

⁸ http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32039.html.

коррупции в организациях (ст. 13.3 Закона о противодействии коррупции) и осуществлению контроля за их реализацией. Если такой орган будет определен и получит соответствующие нормотворческие полномочия, многие вопросы, по которым сейчас имеются только необязательные рекомендации (в том числе относительно антикоррупционного due diligence контрагентов), можно будет урегулировать ведомственными нормативными актами.

Кроме того, некоторую ясность все еще может внести судебная практика. В настоящее время продолжается производство по двум из трех дел. Так, по делу «Бакстер» подана апелляционная жалоба на решение суда первой инстанции, а по делу «Тева» назначено слушание в Арбитражном суде Московского округа⁹. По результатам апелляционного или кассационного обжалования позиция ФАС России и нижестоящих судов может быть полностью или частично скорректирована вышестоящими судами.

Исходя из сложившегося на момент написания данной статьи положения дел, для снижения риска привлечения компаний к ответственности можно рекомендовать:

- разработку и принятие в качестве локального нормативного акта Антикоррупционной политики и Политики взаимоотношений с контрагентами, которые должны быть доступны потенциальным дистрибьюторам (например, на сайте компании можно разместить текст этих документов или разъяснить способ получения их копий по запросу заинтересованных лиц);
- как можно более детальное определение и четкое указание в Антикоррупционной политике и Политике взаимоотношений с контрагентами процедур отбора потенциальных контрагентов, сроков принятия решений, источников используемой для этого информации, оснований для отказа от заключения договора. Желательно, чтобы такие процедуры предусматривали возможность потенциального дистрибьютора дать пояснения по отрицательным фактам, которые могут быть обнаружены в отношении него;
- исключение возможности избирательного применения установленных процедур на практике, их нарушения и несоблюдения сроков их проведения;
- документальное фиксирование коммуникации с контрагентами, процесса их оценки, принятия решений (например, путем составления протоколов заседания оценочного комитета). ¹⁰

⁹ Постановление суда апелляционной инстанции от 30.06.2014 по второму делу «Ново Нордиск» не было обжаловано.

тренинги | семинары | мастер-классы

Тендеры по 223-ФЗ и 44-ФЗ на оказание юридических услуг

Семинар-практикум, Москва, 27 февраля 2015 года

Офис РwС • Бизнес-центр «Белая Площадь»
ул. Бутырский Вал, 10

ПРОГРАММА:

- Виды тендеров и их особенности, статистика
- Отслеживание информации о тендерах
- Участвуем или нет? Как оценить целесообразность
- Обеспечение заявки и обеспечение контракта. Особенности получения банковских гарантий
- Положение о закупках. Что нужно учитывать, работая с заказчиками по 223-ФЗ
- Контакт с заказчиком: что можно и нужно делать
- Сессия вопросов и ответов со специальными гостями-экспертами
- Технические аспекты: ЭЦП; аккредитация на торговых площадках; подготовка комплекта документов

ВЕДУЩАЯ СЕМИНАРА:

Ирина Канайкина, директор по маркетингу,
Адвокатское бюро «Линия права»

ГОСТИ-ЭКСПЕРТЫ СЕМИНАРА:

- **Индира Демидова**, директор, Служба документарного бизнеса рыночных отраслей Управления документарного бизнеса, ОАО «Банк ВТБ»
- **Диана Мегреладзе**, руководитель отдела консалтинга, Ассоциация электронных торговых площадок
- **Дарья Назарова**, консультант по развитию бизнеса, тренер Академии Legal Success

СТОИМОСТЬ:

26 700 рублей (НДС не облагается). Скидка для второго участника от компании – 15%, для третьего и последующих – 20%.

Регистрация:

<http://legalinsight.timepad.ru/event/172346/>

По любым вопросам обращайтесь к Дарье Лопашенко
тел.: +7 (905) 516-74-25, e-mail: dl@infotropic.ru