

Впервые термин «антимонопольный комплаенс» прозвучал в долгосрочной стратегии ФАС России в 2013 г. И вот третий год не утихают дискуссии о перспективах развития и силуэте этого института в Российской Федерации. Почему он должен заинтересовать бизнес и уже интересен антимонопольному ведомству, как внедрение комплаенс-процедур планируется поощрять и оценивать, рассказывает заместитель руководителя ФАС России, кандидат экономических наук Андрей Геннадьевич Цыганов.

Первый и один из самых спорных вопросов: нужно ли стимулировать и поощрять бизнес внедрять систему антимонопольного комплаенса? Одни утверждают, что дополнительные стимулы нужны, другие говорят, что комплаенс сам по себе уже стимул.

– Абсолютно согласен с теми, кто считает, что достаточно внутренних стимулов компаний, внедривших процедуру антимонопольного комплаенса. Ведь такие организации обладают преимуществами. Аудит возможных рисков правонарушений уменьшает вероятность их невыявления, что позволяет избежать преследования со стороны регулятора и соответствующих последствий. Если речь идет о картелях, то появляется возможность первым, образно говоря, добежать в контролирующий орган и воспользоваться программой смягчения ответственности.

Учитывая те колоссальные размеры штрафов, которые может наложить антимонопольный орган, – до 15% от оборота компании, нетрудно рассчитать, сколько хозяйствующий субъект может потерять без уменьшающих риск процедур. Это весомый материальный стимул.

На Ваш взгляд, понимает ли это российский бизнес?

– Нет. Значит, определенное стимулирование со стороны регулятора, способное вбить в головы менеджмента и акционеров мысль о необходимости внедрения комплаенса, в наших сегодняшних российских условиях необходимо. Нужно запустить процесс, чтобы большее количество компаний понимало, что таким образом они сэкономят и собственные средства, и деньги налогоплательщиков, не потеряют репутацию и контрагентов, избежат тюрьмы за участие в картеле.

Значит ли это, что стимул для внедрения комплаенс-процедур предполагается дать компаниям только на начальном этапе процесса?

– Если мера будет работать эффективно, даст толчок развитию комплаенса в России, зачем от нее отказываться? Время покажет, будет она разовой или постоянной.

Существует и точка зрения, что комплаенс – это вообще антистимул...

– Формальный, говоря юридическим языком, притворный комплаенс – это, конечно, антистимул. Как совершенно логично рассуждает пострадавший: «Компания, злоупотребив своим доминирующим положением или совершив другие антиконкурентные действия, лишила меня дохода, доли на рынке, нанесла репутационный вред и при этом за красивую бумагу еще и скидочку получает?» Такой практики, конечно, быть не должно.

Но комплаенс настоящий, не «бумажный», в сегодняшних российских условиях, повторюсь, должен поощряться.

Почему ФАС России интересен институт комплаенса?

– Исходя из Закона о защите конкуренции(1)предупреждение и пресечение антимонопольных нарушений – равнозначные задачи для ФАС России и ее территориальных органов. Мы обязаны внедрять меры по предупреждению правонарушений. С учетом того, что комплаенс представляет собой одну из таких мер, его развитие – наша обязанность, которая прямо вытекает из целей Закона.

Есть еще один довод в поддержку комплаенса. Регулятору наличие эффективно работающего механизма предупреждения нарушений антимонопольного законодательства в компаниях, которые время от времени попадают в поле зрения ФАС России, выгодно самому. Эта система уменьшает риск нарушений, является эффективной профилактической мерой. В итоге у нас становится меньше работы, и мы больше времени можем уделить злостным нарушителям. Наконец, уменьшится и количество собственных ошибок антимонопольного органа.

Поясните, пожалуйста.

– Антимонопольный орган, несмотря на хорошую судебную статистику, может ошибаться. Компания, у которой будет процедура антимонопольного комплаенса, сможет открыто, честно, полно и обстоятельно доказывать свою правоту в споре с регулятором или в суде. И вероятность того, что антимонопольный орган согласится с ее позицией, как и шансы на победу в споре, возрастают. Это также важный аргумент в пользу комплаенса.

Бизнесу прежде всего интересен стимул в виде смягчения ответственности. И мнения здесь также разделились. Одни предлагают установить в КоАП РФ правило «1/8 за комплаенс», рассматривая факт наличия в компании эффективной системы предупреждения нарушений в качестве смягчающего обстоятельства. Другие считают, что такая система должна полностью освобождать юридическое лицо от ответственности, так как приняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательных норм и в таком случае отсутствует его вина. На Ваш взгляд, какими должны быть условия и формула «скидки» за комплаенс?

– Стимулы могут быть разные. Согласно первому подходу достаточно демонстрации ясной и однозначной политики регулятора в отношении комплаенса. Мы подаем бизнесу понятные сигналы, что антимонопольное ведомство приветствует и одобряет развитие такой системы, а также призывает ее внедрять. Надо сказать, этого бывает достаточно, нас слышат те компании, которые без специальных законодательных мер и «восьмушек» понимают свою социальную ответственность. Они оценивают возможные репутационные риски, а также финансовые потери, которые в случае выявления серьезных нарушений могут достигать миллионов, а то и миллиардов рублей. Подобных примеров немало.

Другой подход – модифицировать правила. Править закон или иного рода акт либо принимать судебные решения, закрепляя таким образом меры по смягчению ответственности за нарушения антимонопольного законодательства в случае внедрения компанией внутрикорпоративной системы их предупреждения.

Считаю, что наличие эффективной системы комплаенса – одно из смягчающих обстоятельств. Его можно дополнительно указать отдельной строкой в КоАП РФ. Или же и не вписывать, поскольку комплаенс вполне можно связать с теми формулировками смягчающих обстоятельств, которые уже есть в примечании к ст. 14.31 Кодекса. Это вопрос, на мой взгляд, скорее технический, чем стратегический и принципиальный.

Если говорить, что внедрение эффективного антимонопольного комплаенса свидетельствует о принятии компанией всех необходимых и исчерпывающих мер по предупреждению и устранению правонарушений и поэтому она невиновна и наказанию подвергаться не должна, то нужно отметить два важных момента.

В случае если вина не доказана и хозяйствующий субъект освобожден от ответственности, когда правонарушение есть, а с точки зрения административного законодательства виновного лица нет, это, по моему мнению, не исключает возможности гражданских исков к такому лицу за возмещением ущерба, упущенной выгоды.

Кроме того, полуавтоматическое признание компании, внедрившей комплаенс-процедуры, невиновной очень уязвимо с правовой точки зрения. Ей нужно будет доказать, что приняты все необходимые, какие только были возможны меры по предупреждению административных правонарушений. Без пробелов и провалов. Причем доказывать в каждом конкретном кейсе. Является ли написание и следование мануалам по комплаенсу всеобъемлющим? Можно ли отождествить понятие исчерпывающих мер по предупреждению и устранению нарушений с внедрением процедур комплаенса? На мой взгляд, это понятие намного шире. Естественно, последнее слово по вопросу, есть ли вина компании при наличии события правонарушения, в каждом конкретном случае остается за судом.

Депутаты предлагают подход, по которому исключается вина и, следовательно, административная ответственность в случаях, когда юридическое лицо приняло все необходимые и возможные меры, направленные на предупреждение административного правонарушения. Это предусмотрено проектом нового КоАП РФ, который сейчас обсуждается в Госдуме(2).

– В этом случае серьезное бремя доказывания лежит на компании, которая подозревается в нарушении административного правонарушения.

Насколько детально должны быть регламентированы требования к элементам и организации антимонопольного комплаенса в Законе о защите конкуренции?

– В Законе достаточно дать определение антимонопольного комплаенса как системы внутреннего предупреждения нарушений законодательства в этой сфере.

Конечно, необходимо также дополнить КоАП РФ нормой о том, что доказанные компанией принятие мер и реализация процедур комплаенса учитываются при определении размера санкций за нарушения конкретных статей Закона о защите конкуренции. Речь может идти, по моему мнению, не только о ст. 10 о злоупотреблении доминирующим положением, ст. 11 об антиконкурентных соглашениях или новой гл. 2.1 о недобросовестной конкуренции. Здесь можно

также рассматривать ст. 16 и 17 о запрете антиконкурентных соглашений органов власти и об антимонопольных требованиях к торгам соответственно.

Не вижу возможности детализировать на уровне Закона о защите конкуренции требования к организации и элементам комплаенса. А если компания назвала систему предупреждения нарушений как-то по-другому и внедрила в качестве соответствующих мер, скажем, в этический кодекс или иной внутренний регламент? Учитывая бесконечное многообразие ситуаций и бизнес-процессов, наличие нескольких составов правонарушений, в каждом из которых в свою очередь существует неисчерпывающий перечень возможных нарушений, индивидуальный набор рисков каждой компании, думаю, не нужно пытаться их все собрать в лаконичные и однозначно трактуемые нормы. Нельзя объять необъятное.

Включить в Закон нужно также нормы об обязанности антимонопольного органа учитывать наличие комплаенса и оценивать его эффективность по правилам, которые еще предстоит разработать. Ни в каком другом законе это определить больше нельзя.

Мы подошли к одному из наиболее важных и сложных вопросов. Каким образом должна оцениваться эффективность комплаенс-процедур?

– Здесь нельзя говорить об универсальной процедуре. Ясно, что выработать унифицированный тест оценки систем комплаенса, каждая из которых уникальна, не получится. Наши зарубежные коллеги в подобных случаях не устают повторять как мантру: «One size doesn't fit all»⁽³⁾. Главное, как говорят они, регулярная контрольная работа. Сочинять красивые формулировки и описывать бизнес-процессы, которые потом существуют только на бумаге, научились многие, а вот осуществлять жесткий постоянный контроль – далеко не все.

Один из возможных механизмов контроля эффективности комплаенса – опрос уволенных сотрудников. Он даст прекрасный срез достоверных сведений о том, как действовала система предупреждения рисков, была ли круговая порука среди работников.

Еще один непростой вопрос: кто должен выдавать сертификат качества внедренного комплаенса?

– На самом деле ответ на этот вопрос простой: точно не ФАС России.

Уверен, что бизнес-сообщество, например, на уровне отраслевых объединений может самостоятельно разобраться, общими усилиями определить наиболее важные зоны риска и выработать некие принципы, по которым комплаенс будет проходить тест на эффективность и работоспособность. При этом нельзя, конечно, ограничивать самостоятельность каждой конкретной компании. Ведь у мукомольных предприятий одни антимонопольные риски, у молокозаводов – другие, у компаний фарминдустрии – третьи.

Такой подход выгоден и самой отрасли в целом: когда антимонопольный орган видит повторяющиеся нарушения законодательства на том или ином рынке, для объективного изучения ситуации он приходит с контролем не точечно, а ко всем компаниям на этом рынке.

Сможет ли ФАС России выработать рекомендации и для центрального аппарата, и для территориальных управлений по поводу оценки эффективности системы комплаенса?

– Да, сможет. Но только после того, как будет накоплен достаточный опыт. Пока мы говорим об институте комплаенса, в основном опираясь на зарубежную литературу по этому вопросу и единичные примеры российской практики. Пока системного движения в этом направлении нет. Нужны достаточный опыт внедрения в компаниях антимонопольного комплаенса и практика использования аргумента о его эффективности при привлечении к ответственности и назначении санкций, чтобы мы были вооружены необходимым для выработки рекомендаций объемом информации.

В итоге антимонопольный комплаенс – это стимул, принуждение или инструмент контроля?

– Я склоняюсь к тому, что в большей мере это стимул. Причем и для бизнеса, и для регулятора.

Хотя комплаенс можно рассматривать и как элемент принуждения: антимонопольный орган вправе требовать от компании внедрения системы внутрикорпоративных мер, направленных на предупреждение нарушений антимонопольного законодательства, в рамках предписания. Речь идет о нарушителях и о тех организациях, которые имеют существенную долю на рынке и хотят ее увеличить. Иными словами, мы можем разрешать те или иные сделки, не останавливая живое движение нашей экономики и инвестиций, но при условии, что хозяйствующий субъект внедрит у себя такие меры, которые не допустят в этом случае нарушения антимонопольного законодательства.

Кроме того, комплаенс является элементом контроля со стороны антимонопольного органа, когда компанию привлекают к ответственности и в споре доказывают применимость и допустимость тех или иных доказательств, в том числе по поводу комплаенс-процедур.

Наконец, это также инструмент самоконтроля для внедрившей его компании в частности и отрасли в целом.

Когда ФАС России планирует выйти с конкретными предложениями о законодательном закреплении антимонопольного комплаенса?

– Все необходимые бумаги, которые готовит НП «Содействие развитию конкуренции», а мы именно его наработки и предложения по этому вопросу хотим заслушать и обсудить в первую очередь, сейчас в высокой степени готовности. Эта тема уже обсуждалась на уровне Президиума ФАС России. Думаю, в ближайшее время мы выйдем с конкретными предложениями. Притом что в антимонопольном ведомстве не по всем пунктам совпадают взгляды, например по вопросу стимулирующих мер. Однако общее понимание основных принципов внедрения механизма предупреждения нарушений совершенно точно сложилось: это добровольность, верификация и оценка эффективности, разные содержание и форма документов, которые относятся к категории системы комплаенса.

В течение 2016 г. ФАС России планирует определить свою официальную позицию

по этому вопросу и обнародовать ее, чтобы бизнес понимал, чего ждет от него регулятор.

Андрей Геннадьевич, надеемся, что по всем дискуссионным пунктам удастся прийти к единому знаменателю. Ждем официальной позиции и благодарим за содержательную и интересную беседу!