

Предпринимательские структуры и противодействие коррупции

Семилютина Н.Г., зав. Отделом гражданского
законодательства зарубежных государств, д.ю.н.

«Даров не принимай; ибо дары слепыми делают зрячих и превращают дело правых» Исход, Гл. XXIII, 8

«Каждое государство – участник принимает меры, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, по предупреждению коррупции в частном секторе, усилению стандартов бухгалтерского учета и аудита в частном секторе и, в надлежащих случаях, установлению эффективных, соразмерных и оказывающих сдерживающее воздействие гражданско-правовых, административных или уголовных санкций за несоблюдение таких мер.» Конвенция ООН Против коррупции 2003г. (статья 12).

1-й этап современного развития законодательства о противодействии коррупции

1й Этап: противодействие организованной преступности

Расследования Конгресса США; либерализации валютного регулирования; отказ от «золотого стандарта»; изменения Устава МВФ:

•Racketeer influenced corrupt organizations RICO – 1970 г.

похищение людей, грабеж взяточничество (подкуп), сделки с запрещенными химическими веществами (нарушение Controlled Chemicals Act), наркотраффик, мошенничество, кража, воспрепятствование правосудию, терроризм, ложная информация о террористических актах, расхищение фондов, имущества профсоюзов, но и фиктивные банкротства, мошенничества на рынке ценных бумаг, нарушения авторских прав, отмывание денежных средств

•Foreign corrupt practices act – 1977 г.

Department of justice – касаются изменений в требования к отчетности эмитентов, чьи акции обращаются на бирже, воспрепятствование враждебному иностранному влиянию на эмитентов;

2-й этап современного развития законодательства о противодействии коррупции

2й-этап: преодоление внутренних корпоративные конфликтов; обеспечение прозрачности в условиях глобализации

- **Sarbanes Oxley act – 2002 г.**

Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act 2002-
Скандал с Enron, меры направленные на повышение прозрачности деятельности «публичных» корпораций: внутренний аудит, требования к публичной отчетности

- Patriot act – 2002 г. –

Террористический акт 11/09/2001 Изменения в *Money Laundering Control Act 1986, Bank Secrecy Act*

3-й современный этап современного развития законодательства о противодействии коррупции

3й-этап: противодействие коррупции в условиях глобального кризиса

- **Dodd- Franc Act - 2010г.**

Меры, направленные на повышение прозрачности рынка – биржевого и внебиржевого, усиление государственного контроля, снижение рисков;

- **UK Bribery Act - 2010г.**

Меры, связанные с повышением ответственности предпринимательских организаций за правонарушения связанные с коррупцией

UK Bribery Act 2010 (§ 1)

- **Правонарушение (offence) «дачи взятки» (bribing of another person):**

Случай 1 – П (правонарушитель) предлагает, обещает, финансовые или иные выгоды лицу и

- а) П рассчитывает, что предлагаемая выгода склонит лицо действовать ненадлежащим образом или
- б) Вознаградит лицо за ненадлежащее исполнение обязанностей

Случай 2 – а) П предлагает, обещает, финансовые или иные выгоды лицу и

- б) П знает или должен знать, что принятие выгоды само по себе составляет ненадлежащее выполнение обязанностей.

При этом в случае 1 не имеет значения является ли лицо которому предлагают выгоду, тем лицом, которое будет действовать ненадлежащим образом.

В случаях 1 и 2 не имеет значения предлагает ли П выгоду непосредственно или через третье лицо

UK Bribery Act 2010 (§ 2)

- **Правонарушение (offence) «получение взятки» (being bribed):**

Случай 3 – П требует, соглашается принять или принимает финансовые или иные выгоды, имея в виду в последствии действовать ненадлежащим образом (это касается как самого П так и другого лица)

Случай 4 – а) П требует, соглашается принять или принимает финансовые или иные выгоды и

б) само требование, согласие принять и получение составляет ненадлежащее действие.

Случай 5 - П требует, соглашается принять или принимает финансовые или иные выгоды в качестве вознаграждения за ненадлежащее выполнение обязанностей (либо самим П, либо иным лицом);

Случай 6 – в ожидании или вследствие обещания или осуществления финансовых или иных выгод обязанности выполняются ненадлежащим образом либо П, либо другим лицом, действующим с согласия или по просьбе П.

В случаях 4 и 6 не имеет значения знает ли П, что действует ненадлежащим образом

В случае 6, когда действует иное лицо не имеет значение знает ли лицо о недолжном характере своих действий

UK Bribery Act 2010 (§ 3-4)

- **§3 «выполнение обязанностей»:**
 - Любые действия в общественном интересе (публичного характера)
 - Любые действия, связанные с предпринимательской деятельностью
 - Любые действия, выполняемые в соответствии с трудовым договором
 - Любые действия в интересах физического лица или иного лица
- **§4 «ненадлежащее выполнение обязанностей»:**
 - Выполнение обязанностей будет ненадлежащим, если оно не соответствует уместным ожиданиям;
 - Выполнение будет считаться ненадлежащим, если невыполнение таких действий является нарушением договора или уместных ожиданий

UK Bribery Act 2010 (§ 6-7)

- **§6 Дача взятки иностранным официальным лицам (bribery of foreign public officials)**
- Лицо П, предлагающее взятку иностранному официальному лицу совершает правонарушение (offence)
- П предлагает взятку, чтобы (а) приобрести или сохранить бизнес, (б) приобрести преимущество при ведении бизнеса
- Публичное официальное лицо – это: (а) государства или территории; (б) правительства государств или территорий; (в) иные международные публичные организации; (г) смешение любых образований перечисленных выше.
- **§7 Неспособность коммерческой организации предотвратить дачу взятки (failure of commercial organisations to prevent bribery)**
- Организация считается виновной (guilty) в правонарушении которое совершается в целях удержания бизнеса или получения преимущества;
- Организация не будет считаться ответственной, **если ею были предприняты необходимые процедуры (adequate measures)**, направленные на предотвращение того, чтобы ее представители не совершали правонарушения

UK Bribery Act 2010 - оценка

Опрос International Financial Law Report представителей компаний о Законе 2010, что вызывает наибольшие опасения:

- 60% - положения об ответственности бизнес организаций;
 - 20%- усложнение проведения платежей;
 - 10%- неопределенность в обеспечении исполнения (compliance);
 - 10%- недостаточная ясность (lack of clarity)
- «Ожидать, что компании будут сами информировать о взятках все равно что ждать, что индейка проголосует за Рождество»
(«Expecting companies to self-report for bribery is like asking turkeys to vote for Christmas»)

Подведение итогов. Направления развития законодательства

- Совершенствование **корпоративного управления**, обеспечение прозрачности корпораций;
- Повышение **прозрачности проведения операций на рынках**; «экспансия» регулируемых финансовых рынков;
- Обеспечение применения норм права; совершенствование **механизмов урегулирования конфликтных ситуаций и разрешения споров**

**Противоречие между
владельцами (акционерами) и
управляющими (конфликт
«доверитель – агент») стало
движущей силой развития
корпоративного регулирования**

**Развитие корпоративного
законодательства идет через
кризисы на финансовом рынке**

«Узловые» моменты - ЕС

- **Страны ЕС** – Parmalat S.p.a., учреждено 1960, листинг на Миланской бирже в 1990, дочерние компании в том числе в оффшорных зонах в Нидерландах, Антильских о-вах, Люксембург, Мальта; управление компании – семейный бизнес семьи Tanzi, представители которой входили в правление всех дочерних компаний; проверка CONSOB в 2003 выявила, что с 1997 по 2003 существует за счет долговых обязательств 32 раза займы в банках на сумму 7млрд Евро при активах на сумму 4 млрд.; компания объясняла ситуацию расширением бизнеса; учрежденная на Каймановых островах компания выпустила ноты на сумму 1,5 млрд Евро для реструктуризации долгов; в декабре 2003 торги на бирже были приостановлены; в январе 2004 г. началась процедура банкротства Parmalat; **ИТОГ** – Изменение итальянского законодательства о банкротствах, направленное на предотвращение банкротств

«Узловые» моменты - США

- **ENRON** – 2 декабря 2001 г. 7-я по величине компания США объявила себя банкротом; расследование Конгресса США выявила причины: 1) утрата доверия: Правление директоров не обеспечило защиту интересов акционеров и инвесторов; 2) вело рискованные формы отчетности, скрывавшие реальные расходы компании; 3) конфликт интересов, члены правления возглавляли также компании, заключавшие сделки с ENRON; 4) совершение операций, для сокрытия реальных убытков; 5) несоразмерное вознаграждение руководства компании; 6) недостаток независимости: члены совета директоров имели финансовые отношения друг с другом и с компанией – внешним аудитором – ИТОГ – Закон Сарбанса-Оксли

Доклад Сената США «О роли Совета директоров в коллапсе Энрон»

Доклад «О роли Совета директоров в коллапсе Энрон» (The Role of the Board of Directors in Enron's Collapse (report №107-70, prepared by the Permanent Subcommittee on investigations of the Committee on Governmental Affairs of the US Senate) 8 июля 2002 г. (Закон Сарбанса – Оксли был принят практически сразу же после завершения расследования и опубликования Доклада Сената США - 20 июля 2002 г.)

Нарушения, допущенных Директорами Enron:

- **нарушения директорами фидуциарных обязательств** перед акционерами компании (категория фидуциарного обязательства (fiduciary duty) является характерной для англо-американской доктрины права; фидуциарными (или доверительными) признаются обязательства хотя прямо не оговоренные ни в договоре, ни в законе, однако предполагающие исключительную добросовестность должника при исполнении своих обязательств); в частности применительно к руководству Энрон указывалось на нарушения в ведении отчетности, совершении сделок в, которых присутствовал конфликт интересов в ущерб большинству акционеров компании;

Доклад Сената США «О роли Совета директоров в коллапсе Энрон» - 2

Доклад Сената-Нарушения Энрон -продолжение:

- **несоблюдение общих принципов ведения отчетности** (generally accepted accounting principles (GAAP)) (в Докладе Сената США было обозначено как High Risk Accounting);
- **существенное не-раскрытие операций** (Extensive undisclosed off-the-books activity); в частности руководство Энрон не показывало в отчетности отдельные рисковые операции, чтобы искусственно завысить доходы корпорации;
- **чрезмерное вознаграждение**, которое получало руководство компании, приводившее к недостаточной ликвидности корпорации;
- **отсутствие независимости Совета директоров**; в ряде случаев, члены Совета директоров имели тесные личные связи с иными организациями; в частности в числе таких компаний оказался и внешний аудитор Энрон – компания «Артур Андерсен», прекратившее свое существование в связи с банкротством Энрон.

Рекомендации Сената США

Рекомендуемые Сенатом США меры:

- запретить нарушение общепринятых принципов ведения отчетности, ведущее к неточностям и недостоверности финансовой отчетности;
- запретить сделки, влекущие конфликт интересов, заключаемые с компаниями, которые принадлежат или в состав руководства которых входят высшее руководство компании;
- запретить практику исключения из отчетности операций, занижающих убытки или потери компании;
- предотвращать чрезмерное вознаграждение, выплачиваемое руководству корпораций, во том числе посредством проверки планов вознаграждений и расходов компаний, ограничения практики предоставления корпорацией кредитов и займов высшему руководству; ограничение выплат вознаграждения посредством передачи акций компаний, что стимулировало, желание руководство компании исказить отчетность в целях повышения котировок акций компании;
- запретить внешним аудиторам компании оказывать услуги по внутреннему аудиту, а также иные услуги кроме внешнего аудита;
- стимулировать независимость членов Правления директоров, путем установления требования того, чтобы большинство членов Правления не имело материальных и финансовых связей компанией кроме оплаты услуг в качестве Директора;
- усилить требования в отношении внутреннего аудита корпораций.

Закон Сарбанса Оксли -1

Закон направленный на защиту инвесторов путем улучшения точности и достоверности отчетности, предоставляемой в соответствии с законодательством о ценных бумагах и в других целях (*Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws and for other purposes*).

А) Формирование органа, осуществляющего контроль за внешними аудиторами публичных компаний

Закон Сарбанса-Оксли **вводит специальное понятие «public accounting firm», имея ввиду аудиторскую фирму, осуществляющую аудит для корпораций ценные бумаги которых допущены к публичному обращению.** В отношении таких компаний предусматривается требование о регистрации, соответственно вводится понятие «registered public accounting firm». **Органом, осуществляющим регистрацию, является «Public Company Accounting Oversight Board»,** которая является некоммерческой организацией (non-for-profit corporation), подчиняющейся Комиссии и ценным бумагам и биржам (SEC). В состав Board входят 5 членов (физических лиц), два из которых должны обладать сертификатами публичных аудиторов (public accountant) и иметь не менее 5 лет опыта практической работы в качестве аудитора. В компетенцию Board входит осуществление регистрации public accounting firms; установление требований и стандартов деятельности таких фирм; осуществлять проверку соблюдения требований, осуществлять расследования и проверки, применять дисциплинарные меры. Board обладает полномочиями предъявлять иски и выступать ответчиком в суде. Правила, разрабатываемые Board, подлежат утверждению SEC.

Закон Сарбанса Оксли - 2

Б) Повышение требований в отношении внешних аудиторов

- Наибольшее число критических замечаний вызвало требование, сформулированное в разделе 106 Закона, адресованное *foreign public accounting firms*, то есть иностранным аудиторам публичных компаний. Из данного требования следует, что любой эмитент, ценные бумаги которого подлежат публичному обращению на территории США, должен иметь зарегистрированного *Board* внешнего аудитора, подчиняющегося требованиям Закона Сарбанса-Оксли. При этом, иностранный аудитор согласно разделу 106 Закона соглашается подчиниться юрисдикции судов США в связи с осуществляемой им деятельности в качестве внешнего аудитора эмитента, ценные бумаги которого публично обращаются в США.
- Закон Сарбанса-Оксли предусматривает требования, направленные на то, чтобы гарантировать независимость внешнего аудитора от эмитента, которому оказываются аудиторские услуги. К числу таких требований относится требование об обязательной ротации лиц, аудирующих данного эмитента (не менее, чем один раз за пять лет). Закон также запрещает осуществление внешнего аудита аудитором, в случае если ответственный сотрудник (служащий) аудитора, осуществляющий аудит, ранее занимал ответственные должности в компании – эмитенте.
- Закон Сарбанса-Оксли предусматривает (раздел 201) запрет внешним аудиторам оказывать иные услуги кроме внешнего аудита публичной корпорации.

Закон Сарбанса Оксли -3

- **В) Ужесточение требований в отношении должностных лиц публичных корпораций**
- Закон Сарбанса-Оксли конкретизировал положения об ответственности должностных лиц компании, включая внутренних аудиторов за надлежащее исполнение ими своих обязанностей (раздел 301).
- Закон запретил практику предоставления корпорацией займов (кредитов) высшему руководству данной корпорации иных действий ведущих к возникновению конфликта интересов (раздел 402). Закон предусматривает необходимость разработки кодекса поведения (Code of Ethics) для высшего руководства публичных корпораций (раздел 406).

Закон Сарбанса Оксли - 4

- **Г) Ужесточение требований в отношении форм отчетности и раскрытия информации публичными корпорациями**
- Закон Сарбанса-Оксли (раздел 401) ужесточил требования и в отношении предоставления периодической отчетности эмитентом, предусмотрев, что все документы отчетности публичной корпорации должны соответствовать должны общим принципам ведения отчетности (generally accepted accounting principles (GAAP)). Закон предусматривает требование о том, чтобы отчетность отражала все операции эмитента и запрещает исключать (не включать) какие бы то ни было операции из отчетности.
- Закон Сарбанса-Оксли существенно образом ужесточил требования в отношении предоставления периодической отчетности, предоставляемой публичными корпорациями в соответствии с Законом о ценных бумагах и биржах 1934 г. В частности закон Сарбанса-Оксли (раздел 302) предусмотрел презумпцию тог, что подписывая документы отчетности должностное лицо ознакомился с содержащейся информацией и подтверждает тот факт что отчетность не содержит ложной информации (untrue statement of material fact) или не содержит положений, исключающих информацию, сделанных с целью с учетом обстоятельств, ввести в заблуждение. Подписывая отчетность должностное лицо подразумевает что информация содержащаяся в отчетности является правдивой и достоверной. Приведенные положения фактически приравнивают документы отчетности к «показаниям, данным под присягой». В случае нарушения Закон Сарбанса-Оксли предусматривает уголовное преследование (раздел 906) за неумышленное нарушение штраф \$1.000.000 или тюремное заключение не свыше 10 лет или и то и другое; за умышленное нарушение штраф \$5.000.000 или тюремное заключение не свыше 20 лет или и то и другое.
- Закон Сарбанса Оксли (раздел 801) предусматривает уголовное преследование за уничтожение, порчу документов отчетности.

ИТОГ:

Ошибки и злоупотребления (коррупция) в управлении корпорацией ведет к потерям инвесторов, нестабильности финансового рынка, нарушению прав акционеров (shareholders), а также кредиторов, работников и ИНЫХ заинтересованных лиц (stakeholders)

ИТОГ: Направления развития корпоративного регулирования

- Развитие культуры корпоративного поведения и экстраполяция ее на иные формы ведения предпринимательской и не-предпринимательской деятельности (некоммерческие организации, семейный бизнес, государственные корпорации);
- Совершенствования Кодексов корпоративного поведения, и расширение сферы применения подобных кодексов;
- Обучение служащих и персонала правильному реагированию на проявление коррупциогенного поведения;
- Повышение роли независимости директоров;
- Развитие внутреннего аудита;
- Развитие добровольного информирования о возможных нарушениях (whistleblowers)

Значение организованного рынка для противодействия коррупции

1. Рынок позволяет выявить, обнаружить коррупционные правонарушения, с одной стороны, и создает условия и предпосылки для сокрытия доходов от коррупционных преступлений.

2. Особенности формирования отечественного рынка, возможно, предопределило место и роль коррупциогенного фактора в российской экономике

«Несмотря на то, что в результате приватизации была решена задача изменения форм собственности (более 58,9% предприятий стали частными), сформировались новые рыночные институты (акционерные общества, рынок ценных бумаг, система институциональных инвесторов, банки, страховые компании), а сами приватизационные мероприятия прошли при относительно минимуме социальных конфликтов, **многие стратегические цели приватизации достигнуты не были**» (Анализ процессов приватизации государственной собственности в Российской Федерации за период 1993-20032 годы. (Экспертно-аналитическое мероприятие), Государственный научно исследовательский институт системного анализа Счетной палаты Российской Федерации, М, 2004)

«Владимир Путин 19 декабря минувшего года «во всей красе» показал положение, сложившееся после трех лет реформы РАО ЕЭС. Руководство многих компаний монопольно контролирует энергетику целого региона , создавая через родственников фирмы поставщиков, подрядчиков, сбытовые компании. Зачастую они регистрируются на подставных лиц, а принадлежат тому, кто входит в совет директоров генерирующей компании. В ряде регионов электроэнергетика полностью подконтрольна одному из местных руководителей. Осуществляются подозрительные операции с использованием оффшорных зон. Нужно сказать, что коррупционные схемы действуют не только в энергетике.» Примаков Е.М. «2011 год: взгляд в будущее.» // Российская газета, 16 января 2012

Проблемы российского рынка и способы их разрешения

Проблемы

- Монополизация рынка
- Отсутствие механизма, формирующего объективные экономические индикаторы

Способы преодоления

- Стандартизация правил работы на рынке, повышение прозрачности проводимых операций
- Антимонопольное регулирование, включая прямое вмешательство антимонопольного органа

Типы предпринимательских объединений

типы предпринимательских объединений (групп):

- Общественные объединения предпринимателей (например, РСПП, Опора России), выражающие общие общественно-политические взгляды определенной группы предпринимателей
- Торгово-промышленные палаты;
- Профессиональные объединения участников рынка, включающие в себя как саморегулируемые организации (СРО), так и иные объединения, выполняющие функции, подобные функциям СРО, но не зарегистрированные в качестве СРО;
- Организации инфраструктуры рынка, представляющие собой, как правило, объединения предпринимателей, определяющие порядок совершения операций на рынке или его отдельных сегментах.

Стандартизация правил работы на рынке

- Правила международной торговой палаты по использованию национальных и международных торговых терминов (ICC Rules for the use of domestic and international trade terms) ИНКОТЕРМС 2010
- ISDA Master Agreement – стандартизация инструментов обращающихся на финансовом рынке
- GMRA - General Master REPO Agreement – стандартизация рынка РЕПО

«Экспансия» регулируемых финансовых рынков

- Распространение категории «финансовый инструмент» на операции с товарными активами
- Вовлечение профессиональных участников финансовых рынков в операции на «товарных» рынках, через операции с финансовыми инструментами
- Появление категории «квалифицированный инвестор», и вовлечение через нее «больших» компаний в операции на финансовых рынках
- Изменение требований к финансовой отчетности, повышение значение аудита и аудиторского контроля

Торгово-промышленные палаты

Направления деятельности:

- оказание услуг частному бизнесу в поиске надежных деловых партнеров (в том числе через добровольную аккредитацию предпринимателей, филиалов и представительств иностранных фирм в России); в продвижении товаров на иностранный рынок (в том числе путем организации выставок и т.п.);
- содействие развитию конкуренции, как на отечественном, так и на зарубежных рынках, включая устранение различного рода барьеров в торговле;
- сбор, анализ и формулирование обычаев и обыкновений делового оборота применительно к Международной торговой палате (МТП) речь идет о широко известных ИНКОТЕРМС;
- содействие разрешению коммерческих споров и конфликтных ситуаций, связанных с осуществлением международного экономического сотрудничества (примеры – МКАС, Арбитражный Институт при Торгово-промышленной палате г. Стокгольма, Арбитражный суд Международной Торговой Палаты в Париже).

СРО и СРО-подобные организации

Роль СРО и СРО-подобных организации в:

- Разработке кодексов этики и делового поведения в определенных отраслях бизнеса (например, НФА, АРБ, НАУФОР); наличие дисциплинарных комиссий и т.п.
- Разработке стандартных условий договоров (сделок), типовых договоров;
- Разработка обучающих программ для персонала (обязательны в кредитных организациях в связи с борьбой с отмыванием)

Саморегулирование как метод организации

корпоративное регулирование

- Внутренние документы распространяется на членов (участников) корпорации

саморегулирование

Внутренние документы

распространяются:

- На членов корпорации
- Лиц, находящихся в договорных отношениях, но не членами корпорации
- На третьих лиц как обычаи делового оборота

СРО как коррупциогенный фактор

- Наделение СРО элементами административных функций (обязательность членства, прием квалификационных экзаменов, наложение штрафных санкций, формирование фондов);
- Отсутствие прозрачности в деятельности отдельных СРО
- Отсутствие ответственного контроля со стороны органа исполнительной власти за СРО
- Отсутствие контроля антимонопольного органа за СРО

СРО как коррупциогенный фактор

- « Где акты, нормативы, разработанные условия? Или государственные миллионы можно не считать?». « С 1 июля 2012 г, если сдача экзамена не будет организована своевременно, все оценщики останутся без работы» «Вытесняй и властвуй. На оценочном рынке происходит переворот» // Российская газета, 5 июня 2012
- «Компенсационные фонды отраслевых саморегулируемых организаций накопили 1 млрд «неработающих» рублей» «В расчетах не сошлись» // Российская газета, 22 июня 2012

Преодоление коррупциогенности СРО

- Анализ эффективности и работоспособности ФЗ «О саморегулируемых организациях»;
- Проверка существующих СРО, наделенных административными полномочиями антимонопольным органом;
- Проверка эффективности использования средств накопленных СРО;

Формы участия предпринимательского сообщества в преодолении коррупции в судебных органах

- Развитие третейского разбирательства как формы разрешения коммерческих споров как одной из разновидностей деятельности объединений предпринимателей;
- Развитие иных форм альтернативного разрешения споров

Виды третейских судов

- Органы международного коммерческого арбитража как элемент деятельности торгово-промышленных палат
- Третейские суды, организуемые саморегулируемыми организациями для разрешения споров между членами СРО
- Третейское разбирательство как форма омбудсмена для защиты прав потребителей