

УДК: 346.9
ORCID: 0000-0002-7153-4929
E-mail: advokat.shymko@gmail.com

Artem R. Shymko,
Assistant professor at the Department
Civil, Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute of the Yaroslav
Mudryi National Law University)

Шимко Артем Романович,
асистент кафедри цивільного,
господарського і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ЗАПРОВАДЖЕННЯ КОМПЛАЄНСУ ДЛЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ В НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

COMPLIANCE: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND IMPLEMENTATION IN NATIONAL LEGISLATION

Анотація. В наведеній статті розглядаються підходи до розуміння комплаєнс заходів для підвищення інвестиційної привабливості підприємства на міжнародній арені з урахування критеріїв ефективного контролю, стабільності управління, фінансового розвитку, підтримання та покращення ділової репутації.

Необхідність запровадження комплаєнсу в українське законодавство зумовлюється й гострою необхідністю післявоєнного економічного розвитку, що можливе завдяки залученням іноземних інвестицій та невідповідності ризиковим критеріям контрагента, серед яких також є ризикове місцезнаходження (зона ведення активних бойових дій).

Комплаєнс контроль в статті розглядається як один із заходів, що поширює свою дію не тільки на корупційні ризики, а й на порушення етичних норм підприємством чи його посадовими особами, що тягне за собою відповідальність саме юридичної особи і крім накладення санкцій

контролюючими органами може також призвести і до господарських санкцій, зниження репутації та фінансових показників.

Багатогранність комплаєнсу продемонстровано на прикладі судової практики США, де розглядалось декілька складових відповідальності юридичної особи. Визначено, що Україна вже зробила певні кроки до імплементації норм комплаєнсу в національні нормативно-правові акти, проте поки що вони обмежуються фінансовою (банківська сфера) і корупційною складовою, що не відповідає стандартам комерційного комплаєнсу в повній мірі.

Єдиними комплаєнс-актами на даний момент є поки що локальні Кодекс корпоративної етики та Кодекс корпоративного управління, які через свою необов'язковість і не породжують судових прецедентів, а тлумачення комплаєнсу обмежилось двома нормативними актами, які розкривають його поняття лише в значенні певної сфери (банківської). В статті також розглядаються передумови запровадження комплаєнсу в Україні через розвиток принципів «corporate liability» та «corporate social responsibility».

Ключові слова: міжнародні інвестиції, комплаєнс, корпоративне управління, репутація, ризиковий контрагент, санкції, господарські правовідносини, юридичні особи, відповідальність юридичних осіб.

Abstract. This article examines approaches to understanding compliance measures to increase the investment attractiveness of an enterprise in the international arena, taking into account the criteria of effective control, management stability, financial development, maintenance and improvement of business reputation.

The need to introduce compliance into Ukrainian legislation is also due to the urgent need for post-war economic development, which is possible thanks to the attraction of foreign investments and non-compliance with the counterparty's risk criteria, which also includes a risky location (a zone of active hostilities).

Compliance control is considered in the article as one of the measures that extends its effect not only to corruption risks, but also to the violation of ethical norms by the enterprise or its officials, which entails the responsibility of the legal entity itself

and, in addition to the imposition of sanctions by the controlling authorities, may also lead to economic sanctions, reduction of reputation and financial indicators.

The multifaceted nature of compliance is demonstrated on the example of US judicial practice, where several components of the responsibility of a legal entity were considered. It was determined that Ukraine has already taken certain steps towards the implementation of compliance norms in national legal acts, but so far they are limited to the financial (banking sphere) and corruption component, which does not fully meet commercial compliance standards.

The only compliance acts at the moment are the local Code of Corporate Ethics and the Code of Corporate Governance, which, due to their non-binding nature, do not create court precedents, and the interpretation of compliance is limited to two normative acts, which reveal its concept only in the sense of a certain sphere (banking). The article also considers the prerequisites for the introduction of compliance in Ukraine through the development of the principles of "corporate liability" and "corporate social responsibility".

Keywords: international investments, compliance, corporate governance, reputation, risk counterparty, sanctions, economic legal relations, legal entities, liability of legal entities.

Постановка проблеми. Включення поняття комплаєнсу до господарських правовідносин зумовлений залученням іноземних інвестицій, обов'язковою умовою яких є відсутність ризиків та стабільність управління підприємством. Саме впровадження корпоративного комплаєнсу є базовим критерієм репутації компанії, що претендує на відповідність міжнародним принципам ведення підприємницької діяльності. І хоча корпоративний комплаєнс виступає одним із критеріїв вдалого корпоративного управління, він не набув чіткого нормативно-правового закріплення в національному господарському законодавстві.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Поняття комплаєнсу можливо досліджувати в багатьох галузях права, але з призми господарських правовідносин воно стало об'єктом

досліджень Можаровського М.Ю., Сидоренко Д., Освієнко О., Заверетневої Ярошенко В.А., Труби В.І. та ін.

Мета статті. Виокремити тенденції та фактори розвитку комплаєнс-заходів на прикладі досвіду США в розрізі можливої імплементації норм для запровадження дотримання вищезгаданого принципу в українському законодавстві. З'ясувати переваги впровадження комплаєнс-контроль заходів для підприємництва в аспекті репутаційних та фінансових показників.

Виклад основного матеріалу. Поняття комплаєнсу є відносно новим в правовому просторі. В кінці 20 сторіччя під ним розуміли низку заходів, що дозволяли компанії відповідати певним критеріям, таким як законодавство, звичаям ділового обороту, міжнародному праву. Така уніфікація не лише дозволила зрівняти суб'єктів господарювання при здійсненні їх зовнішньоекономічної діяльності, а й врегулювала більш глибокі критерії якісного функціонування компаній. Функціонування комплаєнсу покликано захистити права акціонерів та гарантувати рівне ставлення до них, ефективність та відкритість корпоративного управління. Саме досягнення вищеперерахованих критеріїв сприятиме відповідності діяльності компанії принципам, передбачених Організацією економічного співробітництва та розвитку [1].

Сутність комплаєнсу найкраще розкрити через його функції: ефективне управління ризиками, збільшення рівня капіталізації бізнесу, підвищення доходу та вартості акцій, дисциплінування менеджменту, забезпечення взаємовигідних відносин з стейкхолдерами, підвищення конкурентоздатності, створення нових, ефективних норм ділового обороту [2, с. 182-183].

Цікавим є те, що норми національного законодавства містили визначення поняття комплаєнс. В Методичних рекомендаціях щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України № 98 від 28.03.2007 року містилося визначення комплаєнсу в значенні дотримання національного законодавства та внутрішніх процедур [3]. В розумінні цього нормативного акту дотримання правил, норм, стандартів стосувалось банківської діяльності. Цей нормативно-правовий акт втратив чинність, а вже в Методичних рекомендаціях щодо

організації корпоративного управління в банках України № 814-рш від 03.12.2018 року хоч і присутнє поняття комплаєнсу, але нормативного визначення його немає, хоч і зазначається, що невід'ємною частиною комплаєнсу є провадження контролю за дотриманням норм, що є складовою внутрішнього контролю [4].

Ефективність комплаєнс-функції можна продемонструвати на прикладі оцінки контрагента на критерії ризику. В національному господарському законодавстві міститься поняття «фіктивне підприємництво», проте не можна обмежуватися лише критерієм фіктивності для віднесення контрагента до категорії ризикових. Для цього необхідно брати до уваги більше факторів, таких як: дефекти правосуб'єктності (відсутність реєстрації або невірна форма суб'єкта господарювання), аналіз судових рішень за участі контрагента, податковий контроль суб'єкта господарювання, відсутність ліцензування, у випадку якщо їх отримання передбачено законодавством, відсутність надійного місцезнаходження (наприклад, реєстрація підприємства на території ведення активних бойових дій після початку таких подій), вивчення кінцевих бенефіціарів чи пов'язаних осіб, наявність статутних обмежень, відсутній чи замалий досвід ведення певної підприємницької діяльності, фінансові звітності підприємства.

Оскільки в Україні відсутні законодавчі норми імперативного характеру – впровадження комплаєнсу є сповільненим процесом, що притаманний лише корпораціям, які виходять за межі вітчизняного ринку і борються за конкурентоспроможність на міжнародній арені. З огляду на те, що євроінтеграційні процеси в Україні набирають обертів, важливим є й імплементація міжнародного досвіду формування стандартів створення та ведення бізнесу за допомогою правових інструментів, яким і є комплаєнс [5, с. 250].

Не зважаючи на це, все більшої популярності є акцентування уваги великого бізнесу на дотриманні правил корпоративної етики та комплаєнсу. Саме комплаєнс забезпечує екстериторіальні вимоги до управління бізнесом,

стабільність міжнародних економічних зв'язків, стабільний розвиток бізнесу на національному рівні та дотримання принципу good statement. Проте, в Україні поки що набуває популярності лише податковий та антикорупційний комплаєнс.

Оскільки ми розглядаємо господарсько-правовий аспект застосування комплаєнс, то окрему увагу варто приділяти саме господарським санкціям за порушення норм комплаєнсу, незважаючи на те, що такі діяння можуть визнаватись і кримінально караними.

Найвдалішим прикладом застосування комплаєнсу є норми США. Для цього варто звернутись до першого в світі закону про заборону підкупу посадових осіб, що передбачає прийняття компаніями комплаєнс-програм Закон США «Про боротьбу з практикою порушень за кордоном» 1977 р. [6]. В контексті цього нормативного акту важливим є саме зобов'язання запровадження комплаєнс-заходів та посиленого контролю за веденням внутрішньої документації. Відсутність відкритості даних внутрішньої документації та комплаєнс-контролю з боку топ-менеджменту тягне за собою відповідальність відповідно до вищезазначеного закону.

Для українського підприємництва цей закон може застосовуватись відповідно до міжнародного договору між США та Україною, незважаючи на національне законодавство, у випадку якщо:

1. Господарські правовідносини з емітентом що випустив свої цінні папери (акції) на території США або підпадає під звітність Комісії з цінних паперів та бірж;
2. Господарські правовідносини стосується доміцилія, що є громадянином, резидентом США або суб'єктом господарювання, що поширює свою діяльність на США чи хоча б зареєстрований на території США.

Що стосується майнових санкцій за цим законом, то їх розмір спонукає суб'єктів господарювання дотримуватись вищезазначених комплаєнс-заходів в своїй діяльності, оскільки сума штрафу може досягати 2 млн доларів або вдвічі перевищувати вигоду, яку компанія отримала б у випадку неправомірної оплати і підкупу іноземної посадової особи.

Фактично, порушення комплаєнсу тягне за собою не лише юридичну відповідальність, а й репутаційні втрати, які безпосередньо пов'язані з скасуванням ліцензії, дозволів, призупинення діяльності, скасування ряду операцій. Прикладом комплаєнс-контролю є впровадження його в компанії «МТС», який після виходу на біржу Нью-Йорку передбачив не лише жорсткі внутрішні правила комплаєнс-контролю, а й вимагають його від своїх контрагентів, передбачаючи це в договорах, оскільки такі правовідносини є ризиковими і можуть негативно вплинути на репутацію та фінансові успіхи корпорації [7].

Цікавою є також справа 2016 року корпорації Teva Pharmaceuticals. Компанія як один із провідних контрагентів на ринку фармацевтичної продукції звинувачувалась у підкупі посадових осіб в сфері охорони здоров'я в ряді країн, в тому числі і в Україні. За результатами розгляду справи компанія погодилась на сплату санкцій в розмірі 519 мільйонів доларів та зобов'язалась запровадити комплаєнс-моніторинг на 3 роки. Водночас в одній із країн компанія повністю втратила свою частку на ринку, тобто її продукцію було заборонено розповсюджувати, що призвело до втрати 1,5% від вартості цін на власні акції. Водночас, такі жорсткі заходи виявились пом'якшеними за рахунок співпраці компанії в розгляді справи та розпочатої процедури санації.

Схожою була і справа Vipelcom, Telia, MTS, ці компанії вели свою підприємницьку діяльність в сфері мобільного зв'язку були звинувачені у корупційних зв'язках з посадовцями Узбекистану. Незаконні виплати компанії маскували під благодійні пожертви. Як санкцію було призначено сплату штрафу у розмірі 2,6 млрд доларів та встановлення комплаєнс-моніторингу на 3 роки [8].

Якщо перейти від більш глобальних прикладів, до здавалося б незначних, то чудово прослідковується інститут корпоративного комплаєнсу в США, оскільки відповідальність за дії співробітників несе компанія. Наступні приклади можуть здатися суто формалізованими, але вони найкраще демонструють відповідальність компаній за незапровадження або не ефективно впровадження заходів комплаєнс-контролю на підприємстві.

Так, в справі 1939 року, *Dollar S.S. Co.v. United States* компанію було притягнуто до відповідальності за дії одного з його співробітників, а саме викидання сміття в океан. Незважаючи на те, що представники компанії доводили вжиття всіх необхідних заходів та відсутність зобов'язання нести відповідальність за дії працівника, суд залишив ці аргументи без уваги [9].

В справі компанії *Hilton Hotels Corporation* суд не взяв до уваги аргументи корпорації та притягнув компанію до відповідальності за дії менеджера, який в процедурі закупівель безпідставно відмовився підписувати договір [10; 11].

Така безальтернативність рішень суду зумовлюється двома принципами. По-перше, посадова особа, працівників підприємства вчиняє певні дії або бездіяльність чим впливає на репутацію, фінансові показники та розвиток корпорації. По-друге, посадові особи підприємства є найманими працівниками та контролюється суб'єктом господарювання то і відповідальність повинен нести останній. Саме завдяки покладенню такої відповідальності на суб'єкта підприємницької діяльності він стає більш вмотивований впроваджувати заходи комплаєнс-контролю на підприємстві задля уникнення подібних ситуацій в майбутньому.

Застосування комплаєнсу полягає у відповідності нормам законодавства, корпоративної етики, галузевих правил і стандартів. Ризики недотримання таких норм можуть вилитись в господарські санкції або санкції регулюючих органів, фінансові та репутаційні втрати.

Корпоративний комплаєнс не обмежується лише вищезазначеними характеристиками. Крім норм корпоративної етики поняття комплаєнс охоплюється регулювання конфлікту інтересів, процес інформування про порушення корпоративної етики, дотримання принципів добросовісної конкуренції, що вимагається не лише від корпорації в цілому, а й від кожного працівника в його діяльності.

Варто відзначити, що в Україні, що деякі елементи корпоративного комплаєнсу відображені в національному законодавстві України, наприклад запровадження поняття корпоративного секретаря, відображено антикорупційні

норми в акціонерних товариствах, відображено норми протидії недобросовісній конкуренції, проте спеціальний документ з імперативною нормою щодо обов'язковості провадження таких принципів відсутній.

На жаль, у вітчизняному законодавстві комплаєнс тлумачиться лише в локальних актах, таких як Кодекс корпоративної етики. В судовій же практиці це поняття розглядається лише в розрізі фінансової діяльності та такі рішення стосуються в основному притягнення до адміністративної відповідальності.

Судова практика не містить прецедентів звернення щодо порушення норм корпоративного комплаєнсу, оскільки він є необов'язковим до запровадження, хоча на практиці випадків порушення посадовими особами норм корпоративного управління є достатньо поширеним.

На прикладі США прослідковується, що усталення практики корпоративного комплаєнсу зумовлено двома принципами «corporate liability» та «corporate social responsibility». Перша зумовлювалась законодавчим закріпленням відповідальності юридичної особи за дії своїх посадових осіб (справи про корупційні порушення), друга ж стосувалась відповідальністю перед споживачами та контрагентами за дії своїх посадових осіб, що суперечать моральним та етичним нормам (справи про неетичні дії співробітників).

Аналогу «corporate liability» в Україні немає, оскільки юридична особа не є суб'єктом злочину, натомість «corporate social responsibility» частково присутнє в цивільних правовідносинах (відшкодування шкоди, завданої працівником підприємства) та частково в господарських правовідносинах, коли суб'єктом відповідальності є юридична особа, але без акцентуванні уваги на недоліках комплаєнс-контролю та вини одного з співробітників.

Висновки та пропозиції. Корпоративний комплаєнс є новим явищем як для національного законодавства України так і для практики зарубіжних країн. Проте, на прикладі США розглянуто ефективність його застосування. В Україні впровадження комплаєнсу поки що зводиться до фінансового та корупційного аспектів, хоча на практиці це поняття не обмежене. Фактично комплаєнсом називається дотримання норм. Правил і стандартів ведення господарської

діяльності для управління ризиками компанії, стабільного розвитку, підвищення дохідності бізнесу та відсутність критеріїв ризикового контрагента для участі в міжнародних господарських правовідносинах. І хоча комплаєнс, включає в себе корупційну складову, він поширюється на відносини з іноземними посадовими особами та як наслідок тягне за собою не лише санкції від контролюючих органів, а й господарські санкції від контрагентів, зниження репутації та фінансової привабливості підприємства.

Саме запровадження в національному законодавстві обов'язковості дотримання норм комплаєнс-контролю зумовить більшу привабливість українських підприємств для іноземних інвестицій та зможе нівелювати ризикові фактори місцезнаходження в умовах війни, що значно сприятиме післявоєнному відновленню економічних процесів країни.

Література

1. Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР). *Міністерство інфраструктури України*. URL: <https://mtu.gov.ua/content/organizaciya-ekonomichnogo-spivrobotnictva-ta-rozvitku-oesr.html> (дата звернення: 07.08.2022).

2. Овсієнко О. Комплаєнс у бізнес-адмініструванні та його роль у створенні ефективних норм господарської поведінки. *Економічний простір*. 2018. № 24. С. 662–667.

3. Про схвалення Методичних рекомендацій щодо вдосконалення корпоративного правління в банках України : Постанова правління Національного Банку України № 98 від 28.03.2007 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0098500-07> (дата звернення: 07.08.2022).

4. Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації корпоративного управління в банках України : Рішення Правління Національного банку України № 814-рш від 03.12.2018 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vr814500-18>. (дата звернення: 07.08.2022).

5. Завертнева-Ярошенко В., Труба В. Розвиток концесійного законодавства України в контексті євроінтеграційних процесів. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 4. С. 249–257.

6. Foreign Corrupt Practices Act. Department of Justice. URL: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (дата звернення: 07.08.2022).

7. Українські компанії почали впроваджувати комплаєнс-контроль. Що це і навіщо? URL: <https://youcontrol.com.ua/articles/komplaiens-kontrol-shcho-tse-i-navishcho/> (дата звернення: 07.08.2022).

8. FCPA: надійний комплаєнс як мастхев-інвестиція. *Юрист&закон - Электронное аналитическое издание*. 2021. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014399 (дата звернення: 07.08.2022).

9. Case «The President Coolidge» № 101F.2d638. *Justia Law*. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/101/638/1494231> (дата звернення: 07.08.2022).

10. Case «United States v. Hilton Hotels Corp» № 467 F.2d 1000. *Justia Law*. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/467/1000/154124> (дата звернення: 07.08.2022).

11. Сидоренко Д. Комплаєнс: why do we need it? *Юридична газета – онлайн версія*. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/komplaens-why-do-we-need-it.html> (дата звернення: 07.08.2022).