



FCPA

Ресурсний путівник по Закону США про корупційні дії за кордоном (FCPA)

Виданий спільно Кримінальним відділом
Міністерства юстиції США та Відділом правозастосування
Комісії з цінних паперів та бірж США

ДРУГЕ ВИДАННЯ





ФСРА

РЕСУРСНИЙ ПУТІВНИК ПО ЗАКОНУ США ПРО КОРУПЦІЙНІ ДІЇ ЗА КОРДОНОМ (ФСРА)

Друге видання

Виданий спільно Кримінальним
відділом Міністерства юстиції США
та Відділом правозастосування Комісії
з цінних паперів та бірж США

Переклад

2022

Перекладено за оригінальним виданням

A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

SECOND EDITION

By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and
the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission
2020

Посилання на оригінал

<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>

ЗАСТЕРЕЖЕННЯ

Матеріали українського перекладу видання A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. SECOND EDITION, яке здійснила Професійна асоціація корпоративного управління, — є методологічними за характером та надаються виключно з метою загального інформування. Передача інформації, що міститься у матеріалах даного видання, не є наданням консультаційних послуг щодо конкретних питань. Воно має суто інформаційний характер. Конкретні питання, які можуть виникати у користувачів матеріалів, мають вирішуватись на підставі консультацій з відповідними фахівцями. Тексти перекладу не є офіційними. Використовуючи матеріали перекладу, користувач приймає на себе усі пов'язані з цим ризики та погоджується з умовами даного застереження. При використанні матеріали потребують перевірки на відповідність чинному законодавству. ПАКУ не несе відповідальності у випадку заподіяння шкоди у зв'язку з використанням матеріалів.

Дане видання надається безкоштовно. У випадку відтворення матеріалів (повністю чи частково), посилання на дане видання є обов'язковим.

Погляди, викладені у цьому виданні, відображають думку авторів оригінального видання і не обов'язково збігаються з поглядами та/або правовими позиціями українських фахівців з питань комплаєнс, державних установ та судів.

Переклад та українське видання здійснила Професійна асоціація корпоративного управління за підтримки Відділу преси, освіти і культури Посольства США в Україні у 2022 році.

Над виданням працювали:

Олександр Окунів (керівник проекту і головний редактор),

Наталія Козоріз (переклад),

Ольга Шенк (консультації з питань термінології),

Оксана Журавльова (редакція),

Ірина Біляченко (редакція).

Верстка — **Костянтин Паламарчук**.

A RESOURCE GUIDE TO THE **U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT**

SECOND EDITION

By the Criminal Division of the
U.S. Department of Justice and
the Enforcement Division of the
U.S. Securities and Exchange Commission

Цей путівник призначений для надання інформації юридичним та фізичним особам щодо Закону США про корупційні дії за кордоном (FCPA). Путівник підготовлено працівниками Кримінального відділу Департаменту юстиції США (U.S. Department of Justice, DOJ) та Відділом правозастосування Комісії з цінних паперів та бірж США (U.S. Securities and Exchange Commission, SEC). Цей путівник відображає точку зору Правозастосовчого відділу, але не є офіційним документом Комісії; Комісія не затверджувала та не спростовувала його зміст. Він не має обов'язкової сили, має неофіційний підсумовуючий характер, а інформація, що міститься в ньому, не становить жодних нормативних правил або положень. Як такий, він не призначений, не створює і не може бути використаний для створення будь-яких прав, матеріальних чи процесуальних, які можуть бути застосовані за законом будь-якою стороною, у будь-якій кримінальній, цивільній чи адміністративній справі. Він не заміняє консультацій з юристами з питань, пов'язаних з FCPA. Він жодним чином не обмежує правозастосовні наміри або судові позиції Міністерства юстиції США, Комісії з цінних паперів та бірж США чи будь-якого іншого державного органу США.

Компаніям чи приватним особам, які бажають отримати роз'яснення щодо конкретної можливої дії, рекомендується використовувати процедуру отримання роз'яснення Міністерства юстиції США, про яку йдеться в главі 9 цього путівника.

Цей путівник є власністю уряду Сполучених Штатів Америки. Він доступний для громадськості безкоштовно у режимі онлайн за посиланнями:



На сайті
www.justice.gov



На сайті
www.sec.gov

* *Прим. перекл.* — U.S. Department of Justice — департамент федерального уряду США, призначений для забезпечення виконання законів і здійснення правосуддя. Еквівалент міністерств внутрішніх справ і юстиції, а також прокуратури в інших країнах. Очолюється Генеральним прокурором США. В українському перекладі найчастіше використовується термін «Міністерство юстиції США», але це не аналог Міністерства юстиції в Україні. Для зручності розуміння в даному виданні використовується абревіатура DOJ для позначення U.S. Department of Justice та абревіатура SEC для позначення U.S. Securities and Exchange Commission.

ПЕРЕДМОВА

Ми раді повідомити про публікацію другого видання «Ресурсного путівника по Закону США про корупційні дії за кордоном». Путівник було вперше видано Міністерством юстиції (DOJ) та Комісією з цінних паперів та бірж (SEC) у листопаді 2012 р., щоб надати компаніям, спеціалістам, що практикують, та громадськості детальну інформацію про законодавчі вимоги Закону про корупційні дії за кордоном (FCPA), а також дати уявлення про правозастосовну практику DOJ та SEC за допомогою гіпотез, прикладів правозастосовних дій та анонімних відмов від переслідувань, а також узагальнень застосовного прецедентного права та роз'яснень DOJ. І тоді, і зараз Путівник є одним з найповніших зведень інформації про різні кримінальні нормативно-правові акти і залишається актуальним дотепер.

Незважаючи на те, що багато аспектів Путівника залишаються актуальними і сьогодні, за останні вісім років додалися нові кейси, нові закони та нові політики. Друге видання Путівника відображає ці оновлення, включаючи нові прецедентні правила щодо визначення терміну «іноземна посадова особа» відповідно до FCPA, юрисдикції FCPA та аргументи захисту FCPA відповідно до норм іноземного законодавства. У ньому розглядаються певні визначені правові стандарти, у тому числі вимоги щодо злочинного наміру та строку давності для злочинних порушень положень про бухгалтерський облік. У ньому відображені оновлені дані, статистика та приклади з практики. У ньому також узагальнено нові політики, що застосовуються до FCPA, які були оголошені в рамках безперервних заходів DOJ та SEC щодо забезпечення більшої прозорості, включаючи політику DOJ по забезпеченню дотримання компаніями вимог FCPA, вибір спостерігачів у веденні справ Кримінального відділу, координацію штрафів за рішеннями корпоративних органів (або іншими словами політику «запобігання накопиченню штрафів»), а також оцінку корпоративних комплаєнс-програм, яку проводить Кримінальний відділ.

Дача хабаря іноземній посадовій особі — це зло, яке необхідно викоринити. Це завдає шкоди верховенству права, розширює можливості авторитарних правителів, спотворює вільні та справедливі ринки, ставить у не вигідне становище чесні та етичні компанії, а також загрожує національній безпеці та сталому розвитку. Цей оновлений Путівник покликаний не лише узагальнити результати роботи професійних та відданих людей, які борються з підкупом іноземних посадових осіб у межах своєї роботи на уряд США, але й допомогти компаніям, практикам та громадськості — багато з яких опиняються на передньому краї цієї боротьби — запобігти корупції в першу чергу. Ми сподіваємося, що Путівник й надалі слугуватиме безцінним ресурсом для цього.

Браян А. Бенчковскі

*Помічник Генерального Прокурора
Кримінального відділу Міністерства
юстиції США*

Стефані Авакян і Стівен Пейкін

*Співдиректори
Відділ з правозастосування
Комісія з цінних паперів та бірж*

Липень 2020

ЗМІСТ

Частина 1. ВСТУП

Ціна корупції	11
Історичне підґрунтя	12
Національний ландшафт: міжвідомчі заходи впливу	13
• Міністерство юстиції США (Department of Justice, DOJ)	14
• Комісія з цінних паперів та бірж (Securities and Exchange Commission, SEC)	15
• Партнери з питань правозастосовної діяльності	16
• Міністерство торгівлі та Державний департамент	16
Міжнародний ландшафт: глобальні антикорупційні заходи	18
• Робоча група ОЕСР з питань хабарництва та Конвенція щодо боротьби з хабарництвом	18
• Конвенція ООН проти корупції	19
• Інші антикорупційні конвенції	20

Частина 2. FCPA: ПОЛОЖЕННЯ ПРО БОРЬБУ З ХАБАРНИЦТВОМ

На кого поширюються положення про боротьбу з хабарництвом?	21
• Емітенти — 15 U.S.C. § 78dd-1	22
• Внутрішні суб'єкти господарювання — 15 U.S.C. § 78dd-2	22
• Територіальна юрисдикція — 15 U.S.C. § 78dd-3	22
Яке порушення юрисдикції призводить до застосування положень про боротьбу з хабарництвом?	23
На які дії поширюються Положення про боротьбу з хабарництвом?	24
Що означає «з корупційною метою»?	26
Що означає «навмисно або з умислом» і коли воно застосовується?	27
Що означає «щось, що має цінність»?	27
• Готівка	28
• Подарунки, подорожі, розваги та інші цінні речі	28
• Благодійні внески	31

Хто є іноземною посадовою особою?	34
Департамент, агентство чи державна установа іноземного уряду	35
Публічні міжнародні організації	37
Як трактуються платежі третім особам?	37
Якими є можливі аргументи захисту?	39
Аргумент «місцевого законодавства»	40
Розумні та добросовісні витрати	41
Що таке «сприяючі» чи «прискорюючі» платежі?	42
Чи застосовується FCPA до вимагання хабаря або примусу до дачі хабаря?	44
Принципи корпоративної відповідальності за порушення антикорупційного законодавства	45
• Відповідальність материнської та дочірньої компаній	45
• Відповідальність правонаступника	46
Додаткові принципи кримінальної відповідальності за порушення антикорупційного законодавства: пособництво, підбурювання і змова	54
Додаткові принципи цивільної відповідальності за порушення антикорупційного законодавства: пособництво, підбурювання та провокування	55
Що таке застосовний строк давності?	56
• Строк позовної давності у кримінальних справах	56
• Строк позовної давності у цивільних позовах	56

Частина 3. ПОЛОЖЕННЯ ПРО ОБЛІК

Що попадає під дію положень про облік?	59
• Положення про бухгалтерські документи	59
• Положення про внутрішній контроль (бухгалтерського) обліку	60
• Потенційні порушення положень щодо звітності та боротьби з шахрайством	62
• Якими є інші зобов'язання керівництва?	63
На кого поширюються положення про (бухгалтерський) облік?	64
• Цивільна відповідальність емітентів, дочірніх та афілійованих компаній	64
• Цивільна відповідальність фізичних та інших юридичних осіб	65
• Кримінальна відповідальність за порушення положень про облік	67

• Відповідальність за змову, пособництво та підбурювання	68
Обов'язки аудиторів	68

Частина 4. ІНШІ ПОВ'ЯЗАНІ ЗАКОНИ США

Закон про подорожі (пересування)	70
Відмивання грошей	71
Поштове та електронне шахрайство	71
Порушення в сфері сертифікації та звітності	71
Податкові порушення	72

Частина 5. КЕРІВНІ ПРИНЦИПИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Що враховує DOJ при прийнятті рішення про початок розслідування чи висунення обвинувачень?	73
• Принципи федерального обвинувачення DOJ	73
• Принципи федерального обвинувачення DOJ комерційних організацій	74
• Корпоративна правозастосовна політика DOJ щодо FCPA	75
Що враховують співробітники SEC, коли вирішують почати розслідування чи рекомендувати обвинувачення?	78
Самозвітування, співпраця та заходи з усунення виявлених порушень	79
• Кримінальні справи	79
• Цивільні справи	80
Корпоративна комплаєнс-програма	81
• Характерні ознаки ефективних комплаєнс-програм	83
• Інші методичні рекомендації з комплаєнсу та кращих міжнародних практик	95

Частина 6. ПОКАРАННЯ, САНКЦІЇ ТА ЗАСОБИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ FCPA

Які потенційні наслідки порушення FCPA?	97
Кримінальні покарання	97
• Керівні настанови із призначення покарань у США	97
Цивільно-правові стягнення	99
Конфіскація та повернення прибутків від протиправної діяльності	99

Узгодження рішень	100
Додаткові наслідки	100
• Заборона діяльності/дискваліфікація	100
• Перехресна дискваліфікація з боку багатосторонніх банків розвитку	101
• Втрата експортних привілеїв	101
Коли є доцільним комплаєнс-монітор, а коли незалежний консультант?	102

Частина 7. ТИПИ РІШЕНЬ

Які існують типи рішень DOJ?	104
• Повідомлення про злочини, обвинувачення та обвинувальні повідомлення	
• Угоди між сторонами про визнання підсудним своєї вини	104
• Угоди про відстрочення судового переслідування	105
• Угоди про непереслідування	105
• Відмови від переслідувань/відмови від застосування правозастосовних дій (declinations)	105
Які існують типи рішень SEC?	107
• Цивільні вимоги про вжиття запобіжних заходів та способів правового захисту	107
• Цивільні адміністративні позови та засоби правового захисту	107
• Угоди про відстрочення судового переслідування	108
• Угоди про непереслідування	109
• Письмове повідомлення про припинення та відмову від переслідування/застосування правозастосовних дій	109

Частина 8. ПОЛОЖЕННЯ ПРО ВИКРИВАЧІВ ТА ЇХ ЗАХИСТ	113
--	-----

Частина 9. ПРОЦЕДУРА НАДАННЯ РОЗ'ЯСНЕНЬ DOJ	115
---	-----

Частина 10. ВИСНОВКИ	117
----------------------------	-----

ДОДАТОК: ЗАКОН ПРО КОРУПЦІЙНІ ДІЇ ЗА КОРДОНОМ	118
---	-----

ДОДАТОК: ПРИМІТКИ	142
-------------------------	-----

Дача хабарів з метою вплинути на дії чи рішення іноземних посадових осіб, іноземних політичних партій чи кандидатів на іноземні політичні посади є неетичною. Це суперечить моральним очікуванням та цінностям американської громадськості. Але це не лише неетично, це ще й неправильно для ведення бізнесу. Це підриває довіру суспільства до цілісності системи вільного ринку. Вона підриває довіру суспільства до системи вільного ринку, скеровуючи бізнес тим компаніям, які надто неефективні, щоб конкурувати за ціною, якістю чи обслуговуванням, або надто ліниві, щоб займатися чесним продажем, або надто зацікавлені у збуті неякісної продукції. Коротко кажучи, це заохочує корупцію замість ефективності та чинить тиск на етичні підприємства, змушуючи їх знижувати свої стандарти або доводити до ризику втратити бізнес. Підкуп іноземних чиновників деякими американськими компаніями кидає тінь на всі компанії [1].

Палата представників
Сполучених Штатів Америки,
1977 р.

Корпоративне хабарництво — це погана практика. У нашій вільній ринковій системі основним є те, що продаж продукції має здійснюватися на основі ціни, якості та обслуговування. Корпоративний підкуп докорінно руйнує цей основний принцип. Корпоративний підкуп іноземних чиновників відбувається насамперед для того, щоб допомогти корпораціям отримати вигоди для бізнесу. Таким чином, підкуп іноземних компаній впливає на стабільність закордонного бізнесу. Хабарі іноземним посадовим особам також впливають на наш внутрішній конкурентний клімат, коли вітчизняні компанії використовують таку практику як альтернативу здоровій конкуренції за іноземний бізнес [2].

Сенат США,
1977 р.

Частина 1

ВСТУП

Конгрес прийняв Закон США про корупційні дії за кордоном (FCPA або Закон) у 1977 році у відповідь на виявлені факти поширеного підкупу іноземних посадових осіб американськими компаніями. Закон був покликаний зупинити цю корупційну практику, створити рівні умови для чесного бізнесу та відновити впевненість суспільства у доброчесності ринку [3].

FCPA містить як положення про боротьбу з хабарництвом, так і положення про фінансовий облік та звітність. Положення про боротьбу з хабарництвом забороняють американським фізичним та юридичним особам (внутрішнім суб'єктам господарювання), американським та іноземним публічним компаніям, зареєстрованим на фондових біржах США або зобов'язаним подавати періодичні звіти до Комісії з цінних паперів та бірж (емітентам), а також певним іноземним фізичним та юридичним особам, які діють на території США (територіальна юрисдикція), здійснювати корупційні виплати іноземним посадовим особам для отримання або збереження можливостей для ведення бізнесу. Положення про фінансовий облік та звітність вимагають, щоб емітенти складали та вели точний фінансовий облік, а також розробляли та підтримували адекватну систему внутрішнього фінансового контролю. Положення про фінансовий облік та звітність також забороняють фізичним та юридичним особам свідомо підробляти бухгалтерські записи або свідомо обходити чи не застосовувати систему внутрішнього контролю.

Міністерство юстиції США (DOJ) та Комісія з цінних паперів та бірж США (SEC) розділяють повноваження щодо правозастосування FCPA та прагнуть боротися з підкупом іноземних посадових осіб шляхом активного забезпечення дотримання закону. Важливим компонентом цих зусиль є освіта, і цей ресурсний путівник, підготовлений співробітниками DOJ та SEC, покликаний надати компаніям та приватним особам інформацію, яка допоможе їм дотримуватися закону, виявляти та запобігати порушенням FCPA, а також впроваджувати ефективні комплаєнс-програми.

НАСЛІДКИ КОРУПЦІЇ

Корупція — це глобальна проблема. За чотири десятиліття, що минули з моменту прийняття Конгресом Закону FCPA, масштаби корпоративного хабарництва стали очевиднішими, а його наслідки в транснаціональній економіці — разючішими. Корупція заважає економічному зростанню, відволікаючи державні ресурси від таких важливих пріоритетів, як охорона здоров'я, освіта та інфраструктура. Вона підриває демократичні цінності та громадянську соціальну відповідальність та послаблює верховенство права [4]. Вона також загрожує стабільності та безпеці, сприяючи злочинній діяльності всередині та за межами кордонів, такої, як незаконна торгівля людьми, зброєю та наркотиками [5]. Міжнародна корупція також підриває ефективне управління і перешкоджає зусиллям США щодо просування свободи та демократії, викорінювання бідності та боротьби зі злочинністю та тероризмом у всьому світі [6].

Корупція також шкідлива для бізнесу. Корупція є антиконкурентною, призводить до спотворення цін та ставить у невигідне становище чесні підприємства, які не платять хабарів. Вона збільшує вартість ведення бізнесу у всьому світі і підвищує вартість державних контрактів у країнах, що розвиваються [7]. Корупція також вносить значну невизначеність у ділові операції: контракти, укладені за допомогою хабаря, можуть бути юридично нездійсненними, а сплата хабаря за одним контрактом часто призводить до того, що корумповані чиновники висувують дедалі вищі вимоги [8]. Хабарництво має руйнівні наслідки і всередині бізнесу, підриваючи довіру співробітників до керівництва компанії та сприяючи створенню сприятливої атмосфери для інших видів корпоративних порушень, таких як самоврядність працівників, розтрата [9], фінансові махінації [10] та антиконкурентна поведінка [11]. Таким чином, хабарництво підвищує ризики ведення бізнесу, ставлячи під загрозу прибуток та репутацію компанії. Компанії, які платять хабарі, щоб виграти контракт, зрештою, підривають власні довгострокові інтереси та інтереси своїх інвесторів.

ІСТОРИЧНЕ ПІДҐРУНТЯ

Конгрес прийняв FCPA у 1977 році після широко відомого випадку викриття глобальної корупції, відомої як Уотергейтський політичний скандал. SEC виявила, що понад 400 американських компаній заплатили сотні мільйонів доларів у вигляді хабарів іноземним урядовцям, щоб забезпечити собі бізнес за кордоном [12]. SEC повідомила, що компанії використовували таємні «підпільні (зливні) фонди» для незаконних відрахувань на виборчі кампанії у США та корупційних платежів іноземним чиновникам за кордоном, а також фальсифікували корпоративну фінансову звітність, щоб приховати платежі [13].

Конгрес розглядав прийняття Закону FCPA як критично важливий крок у боротьбі з підкупом посадових осіб, який підривав імідж американського бізнесу, підривав довіру громадськості до фінансової чесності американських компаній та перешкоджав ефективному функціонуванню ринків [14].

Жодна проблема не відвертає громадян від їхніх політичних лідерів та інститутів, не підриває політичної стабільності та економічного розвитку більше, ніж повальна корупція серед урядовців, лідерів політичних партій, суддів та бюрократів.

– Антикорупційна стратегія USAID

Як визнав Конгрес після ухвалення Закону FCPA, корупція тягне за собою величезні витрати як усередині країни, так і за кордоном, призводячи до неефективності та нестабільності ринку, неякісної продукції та несприятливих умов гри для чесного бізнесу [15]. Приймаючи жорсткий закон про хабарництво за кордоном, Конгрес прагнув мінімізувати руйнівні наслідки та допомогти компаніям протистояти корупційним вимогам, одночасно вирішуючи проблему руйнівних наслідків транснаціонального хабарництва для зовнішньої політики [16]. Закон також забороняв нелегальну («чорну») фінансову звітність через положення, розроблені для «зміцнення точності корпоративного обліку та звітності, надійності процесу аудиту, які становлять основу нашої системи розкриття корпоративної інформації» [17].

У 1988 році Конгрес вніс поправки до Закону FCPA, додавши до нього два аргументи захисту: (1) аргумент місцевого законодавства; та (2) аргумент розумних та обґрунтованих рекламних витрат [18]. Конгрес також попросив Президента провести переговори про укладання міжнародного договору з членами Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), щоб заборонити хабарництво у міжнародних ділових операціях з боку багатьох основних торгових партнерів США [19]. Наступні переговори в ОЕСР увінчалися прийняттям Конвенції щодо боротьби з підкупом іноземних посадових осіб при здійсненні міжнародних ділових операцій (Конвенція проти хабарництва), яка, крім іншого, вимагає від сторін визнати злочином підкуп іноземних посадових осіб [20].

У 1998 році в FCPA були внесені поправки, щоб привести його у відповідність до вимог Конвенції по боротьбі з хабарництвом. Ці зміни розширили сферу дії FCPA, щоб: (1) охопити платежі, зроблені для забезпечення «будь-якої неправомірної переваги»; (2) охопити певних іноземних осіб, які здійснюють дії на підтримку іноземного хабаря, перебуваючи у США; (3) включити публічні міжнародні організації у визначення «іноземна посадова особа»; (4) додати альтернативну підставу для юрисдикції, засновану на громадянстві; та (5) застосовувати кримінальне покарання до іноземних громадян, які працюють в американських компаніях або діють як агенти американських компаній [21]. Конвенція по боротьбі з хабарництвом набула чинності 15 лютого 1999 р., а США стали її стороною-засновником.

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЛАНДШАФТ: МІЖВІДОМЧІ ЗАХОДИ ВПЛИВУ

DOJ та SEC спільно здійснюють повноваження щодо забезпечення дотримання положень FCPA, що стосуються боротьби з хабарництвом та фінансового обліку та звітності [22]. Вони також співпрацюють з багатьма іншими федеральними агенціями та правоохоронними органами для розслідування та переслідування порушень FCPA, зниження попиту на хабарництво за допомогою програм ефек-

тивного управління та інших заходів, а також для забезпечення справедливих умов для американських компаній, які ведуть бізнес за кордоном.

Міністерство юстиції США (Department of Justice, DOJ)

DOJ має повноваження щодо кримінального правозастосування FCPA щодо «емітентів» (тобто публічних компаній) та їх посадових осіб, директорів, працівників, агентів або акціонерів, що діють від імені емітента. DOJ також наділений функціями кримінального та цивільного правозастосування положень FCPA про боротьбу з хабарництвом щодо «внутрішніх суб'єктів», до яких належать (а) громадяни, піддані та резиденти США та (б) американські підприємства та їх посадові особи, директори, співробітники, агенти або акціонери, що діють від імені внутрішнього суб'єкта, а також певні іноземні особи та підприємства, що діють з метою порушення FCPA, перебуваючи на території США. У DOJ Відділ боротьби з шахрайством Кримінального відділу несе основну відповідальність за всі питання, пов'язані з FCPA [23]. Підрозділ FCPA у складі Відділу боротьби з шахрайством займається всіма питаннями FCPA в DOJ та регулярно працює спільно з прокуратурами США по всій країні.

DOJ підтримує вебсайт, присвячений FCPA та його застосуванню на <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>. На сайті представлені переклади FCPA на численні мови, відповідна історія розвитку законодавства, а також обрані документи із судових процесів та рішень, пов'язаних з FCPA, починаючи з 1977 року, включаючи обвинувальні документи, угоди про визнання провини, угоди про відстрочення судового переслідування, угоди про відмову від судового переслідування, пресрелізи та інші відповідні клопотання та судові рішення. На сайті також представлені копії роз'яснень, виданих у відповідь на запити компаній та приватних осіб відповідно до процедури надання роз'яснень DOJ США щодо FCPA.

Процедури подання запиту на роз'яснення можна знайти на сайті <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgncrpt.pdf> та детальніше розглядаються у Розділі 9. Фізичним особам та компаніям, які бажають розкрити інформацію про потенційні порушення рекомендується звертатися до Підрозділу FCPA за вказаним нижче номером телефону або адресою електронної пошти.

-  DOJ Contact Information
FCPA Unit Chief, Fraud Section, Criminal Division
Bond Building
1400 New York Ave, N.W.
Washington, DC 20005
-  Telephone: (202) 514-2000
-  Facsimile: (202) 514-7021
-  Email: FCPA.Fraud@usdoj.gov

Комісія з цінних паперів та бірж (Securities and Exchange Commission, SEC)

SEC відповідає за цивільне правозастосування FCPA щодо емітентів та їх посадових осіб, директорів, співробітників, агентів або акціонерів, які діють від імені емітента. Відділ правозастосування SEC відповідає за розслідування та судове переслідування порушень FCPA. У 2010 році Відділ правозастосування SEC створив спеціалізований підрозділ FCPA, в якому працюють юристи у Вашингтоні та регіональних офісах по всій країні, щоб зосередитись саме на забезпеченні дотримання FCPA.

Підрозділ розслідує потенційні порушення FCPA; сприяє координації з програмою FCPA DOJ та з іншими федеральними та міжнародними партнерами з правоохоронної діяльності; використовує свої експертні знання закону для сприяння послідовному застосуванню FCPA; аналізує інформацію, що надходить, скарги та звернення у зв'язку з підозрами в підкупі іноземних посадових осіб; проводить інформаційно-роз'яснювальну роботу з громадськістю для підвищення поінформованості про антикорупційні заходи та програми належного корпоративного управління.

Підрозділ FCPA веде розділ «Spotlight on FCPA» на вебсайті SEC за адресою <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. На сайті, який регулярно оновлюється, представлена загальна інформація про Закон та посилання на всі застосовні дії SEC, пов'язані з FCPA, включаючи як судові справи у федеральних судах, так і адміністративні провадження, а також міститься інша корисна інформація.

Фізичні особи та компанії, що мають інформацію про можливі порушення FCPA емітентами, можуть повідомити їх у Відділ правозастосування через онлайн-систему SEC «Поради, скарги та звернення» <https://www.sec.gov/tcr>. Вони також можуть надіслати інформацію в Управління SEC по роботі із викривачами через ту саму онлайн-систему або звернувшись до Управління по роботі із викривачами за телефоном (202) 551-4790. Крім того, інвестори, що мають питання щодо FCPA, можуть зателефонувати до Управління з навчання та захисту прав інвесторів за телефоном (800) SEC-0330. Докладнішу інформацію про Програму SEC по роботі з викривачами, в рамках якої викривачі можуть отримати грошову винагороду, якщо їх інформація призведе до конкретних дій SEC, див. у Розділі 8.



SEC Contact Information
FCPA Unit Chief, Division of Enforcement, U.S. Securities and Exchange
Commission 100 F Street, N.E.
Washington, DC 20549



Online Tips, Complaints, and Referrals website:
<https://www.sec.gov/tcr>



Office of Investor Education and Advocacy: (800) SEC-0330

Партнери з питань правозастосовної діяльності

Підрозділ DOJ США з FCPA регулярно співпрацює з Федеральним бюро розслідувань (ФБР) для розслідування потенційних порушень FCPA. Відділ боротьби з міжнародною корупцією ФБР несе основну відповідальність за розслідування випадків міжнародної корупції та шахрайства та координує національну програму ФБР із забезпечення дотримання FCPA. ФБР також має спеціальні підрозділи FCPA, що складаються з спеціальних агентів ФБР, які відповідають за розслідування багатьох і підтримку всіх розслідувань FCPA, що проводяться ФБР. Крім того, Бюро розслідувань Міністерства національної безпеки, Відділ кримінальних розслідувань Податкового управління та Служба поштової інспекції регулярно розслідують потенційні порушення FCPA. У боротьбі з міжнародною корупцією бере участь і ряд інших відомств, включаючи Раду керуючих Федеральної резервної системи, Комісію з торгівлі товарними ф'ючерсами, Управління з контролю за іноземними активами та Мережу боротьби з фінансовими злочинами Міністерства фінансів.

Міністерство торгівлі та Державний департамент

Крім правозастосовної діяльності DOJ та SEC, уряд США також працює над вирішенням проблеми корупції за кордоном та створенням рівних умов для американського бізнесу завдяки зусиллям Міністерства торгівлі та Державного департаменту. Обидва відомства просувають ініціативи боротьби з корупцією та належного управління в усьому світі та регулярно допомагають американським компаніям, що ведуть бізнес за кордоном, декількома важливими способами. Обидва відомства закликають американські компанії звертатися за допомогою до посольств США, якщо вони стикаються з вимаганням хабаря або іншими проблемами, пов'язаними з корупцією за кордоном [24].

Міністерство торгівлі пропонує низку важливих ресурсів для підприємств, включаючи Адміністрацію міжнародної торгівлі США та Іноземну комерційну службу (Комерційна служба). Комерційна служба має у своєму розпорядженні фахівців з експорту та промисловості, які знаходяться у більш ніж 100 містах США та 70 країнах і готові надати консультації та іншу допомогу американським підприємствам, особливо малим та середнім компаніям, з питань експорту їх продукції та послуг. Комерційна служба підтримує вебсайт з онлайн-ресурсами, що допомагають компаніям проводити комплексну перевірку ринків та партнерів, за посиланням: <https://www.trade.gov/perform-due-diligence>. Наприклад, комерційні довідники країн містять інформацію про стан ринку, можливості, правила та звичаї ведення бізнесу у більш ніж 70 основних ринків, підготовлену фахівцями з торгівлі ІТА у посольствах США у всьому світі [25]. Фахівці Комерційної служби також можуть допомогти американській компанії перевірити біографічні дані при виборі ділових партнерів або агентів за кордоном. Наприклад, програма «Профіль міжнародної компанії» може стати частиною оцінки американською компанією потенційних зарубіжних ділових партнерів [26]. Американські компанії можуть зв'язатися з Комерційною службою через її вебсайт <https://www.trade.gov/let-our-experts-help-0> або звернутися безпосередньо у її місцеві та зарубіжні офіси [27].

Крім того, Управління головного юрисконсульта Міністерства торгівлі веде вебсайт <https://ogc.commerce.gov/collection/office-chief-counsel-international-commerce>, на якому розміщені ресурси боротьби з корупцією і список міжнародних конвенцій та ініціатив. Управління з переговорів щодо торгових угод та дотримання вимог в Управлінні міжнародної торгівлі Міністерства торгівлі також має вебсайт із ресурсами боротьби з хабарництвом <https://tcc.export.gov/Bribery/index.asp>. На цьому сайті є посилання на онлайн-форму, за допомогою якої американські компанії можуть повідомляти про звинувачення у підкупі іноземних конкурентів у ході міжнародних ділових операцій.

Детальнішу інформацію про усунення торгових бар'єрів можна знайти за адресою: <https://www.trade.gov/resolve-foreign-trade-barrier> [28].

Міністерство торгівлі та Державний департамент також надають адвокаційну підтримку американським компаніям, які беруть участь у тендерах на отримання іноземних державних контрактів, якщо це відповідає національним інтересам. Наприклад, Центр адвокації Міністерства торгівлі надає підтримку американським компаніям, які конкурують з іноземними компаніями за отримання міжнародних контрактів, наприклад, організовуючи доставку адвокаційного послання представниками уряду США або допомагаючи у вирішенні непередбачених проблем, таких як підозра у підкупі конкурента [29].

Бюро з економічних та ділових питань Державного департаменту (зокрема, Управління з комерційних та ділових питань) також надає допомогу американським компаніям, що ведуть бізнес за кордоном, виступаючи від імені американських компаній та виявляючи зони ризику для американського бізнесу; більш детальну інформацію можна знайти на його вебсайті <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-economic-growth-energy-and-the-environment/bureau-of-economic-and-business-affairs/office-of-commercial-and-business-affairs/>. Крім того, співробітники з економічних питань Державного департаменту, які працюють за кордоном, забезпечують комерційний захист та підтримку американських компаній у багатьох дипломатичних представництвах за кордоном, де немає представників Комерційної служби.

Державний департамент просуває інтереси уряду США у вирішенні проблеми корупції на міжнародному рівні за допомогою дипломатичної взаємодії між країнами; розроблення та виконання міжнародних зобов'язань, пов'язаних з корупцією; просування політичної взаємодії на високому рівні (наприклад, Антикорупційний план дій G20); інформаційно-просвітницької роботи з громадськістю у зарубіжних країнах; та підтримки нарощування потенціалу закордонних партнерів у боротьбі з корупцією. У 2019 фінансовому році уряд США виділив понад 112 млн \$ на надання допомоги у боротьбі з корупцією та пов'язаної з нею допомоги у галузі належного корпоративного управління за кордоном.

Бюро з міжнародних питань боротьби з наркотиками та правоохоронної діяльності Державного департаменту (INL) керує участю США у багатьох багатосторонніх антикорупційних політичних та правових ініціативах на глобальному та регіональному рівнях. INL також фінансує та координує значні зусилля щодо надання допомоги країнам у боротьбі з корупцією шляхом проведення право-

вих реформ, навчання та інших мобілізуючих заходів. Запити про спільні зусилля уряду США щодо боротьби з корупцією та реалізації глобальних та регіональних антикорупційних ініціатив можна надсилати до INL через вебсайт <https://www.state.gov/combating-corruption-and-promoting-good-governance/> або електронною поштою: anti-corruption@state.gov. Крім того, Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) розробило кілька антикорупційних програм та публікацій, інформацію про які можна знайти на сайті <https://www.usaid.gov/what-we-do/democracy-human-rights-and-governance/promoting-accountability-transparency>.

Міжнародний ландшафт: глобальні антикорупційні заходи

У світі зростає розуміння необхідності боротьби з корупцією, і Сполучені Штати та інші країни є учасниками низки міжнародних корупційних конвенцій. Згідно з цими конвенціями, країни-учасниці беруть на себе зобов'язання щодо вживання ряду превентивних та кримінально-правових заходів щодо боротьби з корупцією. У конвенціях передбачено процеси моніторингу, які дозволяють Сполученим Штатам слідкувати за іншими країнами, щоб переконатися, що вони виконують свої міжнародні зобов'язання [30]. Аналогічно, ці процеси, у свою чергу, дозволяють іншим сторонам контролювати антикорупційне законодавство та правозастосування Сполучених Штатів, щоб переконатися, що таке правозастосування та правова база відповідають договірним зобов'язанням Сполучених Штатів. Американські посадові особи регулярно обговорюють тему корупції з нашими іноземними партнерами, щоб підвищити поінформованість про важливість боротьби з корупцією та закликати до суворішого дотримання антикорупційних законів та політики. Внаслідок визнання іншими країнами необхідності боротьби з корупцією, а також значних зусиль таких організацій, як Робоча група ОЕСР щодо боротьби з хабарництвом, низка країн ввели в дію закони про боротьбу з хабарництвом за кордоном та значно активізували свою роботу щодо забезпечення їх дотримання. Наприклад, у грудні 2016 року у Франції було прийнято закон Sapin II, який значно посилив чинне законодавство про підкуп іноземних посадових осіб та режим його застосування.

Робоча група ОЕСР з питань хабарництва та Конвенція щодо боротьби з хабарництвом

ОЕСР була заснована у 1961 році для стимулювання економічного прогресу та світової торгівлі. Як уже зазначалося, Конвенція щодо боротьби з хабарництвом вимагає від своїх учасників запровадження кримінальної відповідальності за підкуп іноземних посадових осіб у міжнародних ділових операціях [31]. Станом на 30 червня 2020 року налічувалося 44 учасника Конвенції щодо боротьби з хабарництвом. Усі ці сторони також є членами Робочої групи ОЕСР з питань корупції (Робоча група).

Робоча група відповідає за моніторинг виконання Конвенції щодо боротьби з хабарництвом, Рекомендацій Ради щодо подальшої протидії підкупу іноземних посадових осіб у міжнародних ділових операціях 2009 року та пов'язаних із ними

документів. Її члени проводять щоквартальні зустрічі для розгляду та моніторингу виконання Конвенції проти хабарництва державами-членами по всьому світу. Кожна сторона проходить періодичний експертний моніторинг [32]. Ця система моніторингу на основі колегіального розгляду проводиться у чотири етапи. Перший етап включає поглиблену оцінку внутрішнього законодавства кожної країни, в якій реалізуються положення Конвенції. На другому етапі розглядається ефективність законів та зусиль кожної країни щодо боротьби з хабарництвом. Решта етапів — це постійні цикли експертного розгляду (перший цикл якого називається розгляд Фази 3, а наступний — розгляд Фази 4), які оцінюють дії та результати правозастосовної діяльності країни, а також заходи країни щодо усунення недоліків, виявлених у ході попереднього моніторингу [33]. Усі звіти про моніторинг учасників Конвенції можна знайти на сайті ОЕСР, і вони можуть стати корисним джерелом інформації про законодавство країн-членів Робочої групи ОЕСР у сфері боротьби з підкупом іноземних посадових осіб [34].

Звіти і додатки по всіх етапах моніторингу Сполучених Штатів можна знайти на сайтах DOJ та Комісії з цінних паперів та бірж США [35]. У своєму звіті по третьому етапу в Сполучених Штатах, який був завершений у жовтні 2010 року, Робоча група високо оцінила зусилля США по боротьбі з транснаціональним хабарництвом і відзначила ряд кращих практик, розроблених Сполученими Штатами. У звіті також зазначено сфери, в яких зусилля США щодо боротьби з хабарництвом можуть бути покращені, включаючи консолідацію загальнодоступної інформації про застосування FCPA та підвищення поінформованості малих та середніх компаній щодо запобігання та виявлення підкупу іноземних посадових осіб. Початкова публікація цього путівника була, частково, відповіддю на такі рекомендації Фази 3 і покликана допомогти підприємствам та приватним особам краще зрозуміти FCPA [36].

Конвенція ООН проти корупції

Сполучені Штати є державою-учасницею Конвенції ООН проти корупції (UNCAC), яка була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 31 жовтня 2003 року та набула чинності 14 грудня 2005 року [37]. Сполучені Штати ратифікували UNCAC 30 жовтня 2006 року. UNCAC вимагає від сторін криміналізації широкого спектру корупційних дій, включаючи хабарництво всередині країни та за кордоном та пов'язані з ним правопорушення, такі як відмивання грошей та перешкоджання правосуддю. UNCAC також встановлює керівні принципи створення антикорупційних органів, кодекси поведінки для державних службовців, прозорі та об'єктивні системи закупівель, а також покращені стандарти обліку та аудиту для приватного сектору. Механізм колегіальної оцінки виконання UNCAC сторонами Конвенції, при цьому в першому раунді основна увага приділяється криміналізації та забезпеченню дотримання закону, а також міжнародному правовому співробітництву [38]. Сполучені Штати пройшли перевірку у рамках Програми пілотного моніторингу, звіт про яку розміщено на сайті DOJ. Станом на 30 червня 2020 року учасниками UNCAC були 187 країн [39].

Інші антикорупційні конвенції

Міжамериканська конвенція проти корупції (IACAC) — перша міжнародна антикорупційна конвенція, ухвалена у березні 1996 року у Каракасі, Венесуела, членами Організації американських держав [40].

IACAC вимагає від сторін (однією з яких є Сполучені Штати) запровадження кримінальної відповідальності за хабарництво як за кордоном, так і всередині країни. Орган, відомий як Механізм подальших дій щодо виконання Міжамериканської конвенції проти корупції (MESICIC), слідкує за дотриманням сторонами IACAC. Станом на 30 червня 2020 року учасниками MESICIC були 33 країни.

У 1999 році Рада Європи започаткувала Групу держав проти корупції (GRECO) для моніторингу дотримання країнами антикорупційних стандартів Ради Європи, включаючи Конвенцію Ради Європи про кримінальну відповідальність за корупцію [41]. Ці стандарти включають заборони на вимагання та отримання хабарів, а також на підкуп іноземних посадових осіб. Станом на 30 червня 2020 року до країн-членів GRECO, які не обов'язково мають бути членами Ради Європи, входять 49 європейських країн та США [42].

У Сполучених Штатах були проведені перевірки як MESICIC, так і GRECO, і звіти, підготовлені за результатами цих перевірок, доступні на вебсайті DOJ.

Частина 2

FCPA: ПОЛОЖЕННЯ ПРО БОРОТЬБУ З ХАБАРНИЦТВОМ

FCPA вирішує проблему міжнародної корупції двома способами: (1) положення про боротьбу з хабарництвом, що розглядаються нижче, забороняють фізичним та юридичним особам давати хабарі посадовим особам іноземних держав з метою отримання чи збереження можливостей для ведення бізнесу; та (2) положення про облік та звітність, що розглядаються в Розділі 3, встановлюють конкретні вимоги до ведення обліку та внутрішнього контролю емітентів, а також забороняють фізичним та юридичним особам свідомо фальсифікувати фінансові документи емітента або обходити чи не впроваджувати систему внутрішнього контролю емітента. Порушення FCPA може призвести до цивільних та кримінальних покарань, санкцій та засобів правового захисту, включаючи штрафи, відшкодування збитків та/або позбавлення волі.

Загалом, FCPA забороняє пропонувати, виплачувати, обіцяти виплатити або дозволяти виплату грошей або чогось цінного іноземній посадовій особі з метою вплинути на будь-яку дію або рішення іноземної посадової особи в його чи її офіційній якості або отримати будь-яку іншу неправомірну перевагу для отримання чи збереження можливостей для ведення бізнесу [43].

НА КОГО ПОШИРЮЮТЬСЯ ПОЛОЖЕННЯ ПРО БОРОТЬБУ З ХАБАРНИЦТВОМ?

Положення FCPA про боротьбу з хабарництвом широко застосовуються до трьох категорій фізичних та юридичних осіб: (1) «емітентів» та їх посадових осіб, директорів, співробітників, агентів та акціонерів, що діють від імені емітента; (2) «внутрішніх суб'єктів господарювання» та їх посадових осіб, директорів, співробітників, агентів та акціонерів, що діють від імені внутрішнього суб'єкта; та (3) визначені фізичні та юридичні особи, які не є емітентами та внутрішніми суб'єктами, що діють на території США.

Емітенти—15 U.S.C. § 78dd-1

Розділ 30A Закону про торгівлю цінними паперами від 1934 року (Закон про біржі), який можна знайти в 15 U.S.C. § 78dd-1, містить положення про боротьбу з хабарництвом, яке стосується діяльності емітентів [44]. Компанія є «емітентом» відповідно до FCPA, якщо вона має клас цінних паперів, зареєстрованих відповідно до Розділу 12 Закону про біржі [45], або зобов'язана подавати періодичні та інші звіти до SEC відповідно до розділу 15(d) Закону про біржі [46]. На практиці це означає, що емітентом є будь-яка компанія, чий клас цінних паперів зареєстрований на національній біржі цінних паперів у США, або будь-яка компанія, чий клас цінних паперів котирується на позабіржовому ринку в США та зобов'язана подавати періодичні звіти до SEC. Таким чином, компанія не обов'язково має бути американською компанією, щоб бути емітентом. Іноземні компанії, що мають американські депозитарні розписки, котируються на американській біржі, також є емітентами [47]. Станом на 31 грудня 2015 року в SEC було зареєстровано 923 іноземні компанії [48]. Посадові особи, директори, співробітники, агенти або акціонери, що діють від імені емітента (як громадяни США, так і іноземні громадяни), також можуть бути притягнуті до відповідальності відповідно до FCPA [49].

Як я можу визначити, що моя компанія є «емітентом»?

Вона котирується на національній біржі цінних паперів у Сполучених Штатах (акції або американські депозитарні розписки); або

Її акції торгуються на позабіржовому ринку в Сполучених Штатах, і компанія повинна подавати звіти SEC.

Щоб перевірити, чи подає ваша компанія звіти SEC, перейдіть на вебсайт SEC за посиланням <http://www.sec.gov/edgar/searchedgar/webusers.htm>

Внутрішні суб'єкти господарювання — 15 U.S.C. § 78dd-2

FCPA також застосовується до «внутрішніх суб'єктів господарювання» [50]. Внутрішній суб'єкт господарювання — це будь-яка фізична особа, яка є громадянином, підданим або резидентом США, або будь-яка корпорація, асоціація, акціонерне товариство, бізнес-траст, неінкорпорована організація або індивідуальний підприємець, крім емітентів, створених відповідно до законодавства США або їх штатів, територій, володінь або співдружності чи мають основне місце ведення бізнесу у США [51]. Посадові особи, директори, співробітники, агенти або акціонери, що діють від імені внутрішнього суб'єкта (національної компанії), включаючи іноземних громадян та компанії, також підпадають під це поняття [52].

Територіальна юрисдикція — 15 U.S.C. § 78dd-3

FCPA також застосовується до певних іноземних громадян чи організацій, які не є емітентами чи внутрішніми суб'єктами [53]. З 1998 року положення FCPA про боротьбу з хабарництвом застосовуються до іноземних осіб та іноземних «не-емітентів», які прямо або через агентів здійснюють будь-які дії, що сприяють

корупційним платежам (пропозиціям, обіцянкам чи дозволам сплатити їх), перебуваючи на території США [54]. Крім того, посадові особи, директори, співробітники, агенти або акціонери, що діють від імені таких осіб або організацій, можуть підпадати під дію положень FCPA про боротьбу з хабарництвом [55].

ЯКЕ ПОРУШЕННЯ ЮРИСДИКЦІЇ ПРИЗВОДИТЬ ДО ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ПРО БОРЬБУ З ХАБАРНИЦТВОМ?

Положення FCPA про боротьбу з хабарництвом можуть застосовуватися до дій як усередині США, так і поза ними. Емітенти та національні компанії, а також їх посадові особи, директори, співробітники, агенти або акціонери можуть бути притягнуті до відповідальності за використання американської пошти чи будь-яких засобів або інструментів транскордонної торгівлі для здійснення корупційного платежу іноземній посадовій особі. Закон визначає «транскордонну торгівлю» як «торгівлю, збут, транспортування чи зв'язок між декількома штатами, або між будь-якою іноземною країною та будь-яким штатом, або між будь-яким штатом та будь-яким місцем чи судном поза його межами....» [56]. Цей термін також включає внутрішнє (всередині держави або штату) використання будь-якого транскордонного засобу зв'язку або будь-яких інших транскордонних засобів [57]. Таким чином, телефонний дзвінок або відправка електронного листа, текстового повідомлення або факсу зі США, до США або через США стає частиною транскордонної торгівлі, як і відправлення електронного переказу з або в американський банк, та інше використання банківської системи США, чи подорож через кордони штатів або на міжнародному рівні в/з США.

Особи, які не є емітентами або внутрішніми суб'єктами, можуть бути притягнуті до відповідальності за FCPA, якщо вони безпосередньо або через агента здійснюють будь-які дії, що сприяють корупційним платежам, перебуваючи на території США, незалежно від того, чи вони використовують американську пошту та інші засоби чи інструменти транскордонної торгівлі [58]. Так, наприклад, іноземний громадянин, який відвідує зустріч у США, що сприяє реалізації схеми підкупу іноземної посадової особи, може бути підданий судовому переслідуванню.

Крім того, відповідно до положення про «альтернативну юрисдикцію» Закону FCPA, прийнятого в 1998 році, американські компанії або особи можуть підпадати під дію положень про боротьбу з хабарництвом, навіть якщо вони діють за межами США [60]. Поправки до FCPA 1998 року розширили юрисдикційне охоплення Закону, встановивши альтернативну основу для юрисдикції, тобто юрисдикцію, засновану на принципі громадянства [61]. Зокрема, поправки 1998 року виключили вимогу щодо використання засобів транскордонної торгівлі (наприклад, телеграма, електронна пошта, телефонний дзвінок) для здійснення американськими компаніями та особами, що діють повністю за межами США, дій, спрямованих на здійснення корупційного платежу іноземній посадовій особі [62].

НА ЯКІ ДІЇ ПОШИРЮЮТЬСЯ ПОЛОЖЕННЯ ПРО БОРОТЬБУ З ХАБАРНИЦТВОМ?

FCPA застосовується тільки до платежів, пропозицій та обіцянок, зроблених з метою: (i) вплинути на будь-яку офіційну дію або рішення іноземної посадової особи в межах її повноважень; (ii) спонукати іноземну посадову особу вчинити або не вчинити будь-яку дію з порушенням законних обов'язків такої посадової особи; (iii) забезпечити будь-яку неправомірну перевагу; або (iv) спонукати іноземну посадову особу використати свій вплив на іноземний уряд або його державну установу, щоб вплинути чи впливати на будь-яку дію чи рішення такого уряду чи установи [63]. Крім того, платіж, пропозиція чи обіцянка повинні бути зроблені для того, щоб допомогти «отримати чи зберегти можливості для ведення бізнесу якоюсь особою, або перенаправити бізнес до якоїсь особи» [64]. Ця вимога відома як «перевірка ділової мети» і має широке тлумачення [65].

Не секрет, що багато правозастосовних дій пов'язані з хабарями для отримання або збереження державних контрактів [66]. FCPA також забороняє хабарі у зв'язку з веденням бізнесу або отримання ділових переваг [67]. Наприклад, хабарі, зроблені для забезпечення сприятливого податкового режиму, зниження або скасування мит, вживання адміністративних заходів для запобігання виходу конкурентів на ринок або для обходу вимог ліцензування чи отримання дозволу можуть відповідати діловій меті бізнесу [68].

Гіпотетична ситуація: юрисдикція FCPA

Компанія А, зареєстрована в штаті Делавер, з основним місцем ведення бізнесу в Нью-Йорку, є крупною енергетичною компанією, яка веде свою діяльність по всьому світу, в тому числі в ряді країн з високими ризиками корупції, таких як Іноземна держава. Акції компанії А котируються на національній фондовій біржі США. Компанія А заключає договір з європейською компанією (EuroCo) про подачу спільної заявки в Міністерство нафти на будівництво нафтопереробного заводу в Іноземній державі. EuroCo не є емітентом.

Керівники компанії А та EuroCo зустрічаються в Нью-Йорку, щоб обговорити, як виграти тендер, і вирішують найняти нібито стороннього консультанта (Посередника) й доручити йому використати частину своїх «комісійних» для підкупу високопоставлених чиновників у Міністерстві нафти. Посередник зустрічається з керівниками компаній А та EuroCo в Нью-Йорку, щоб остаточно допрацювати схему. У підсумку мільйони доларів у вигляді хабарів поступають із США та Європи через посередника високопоставленим чиновником Міністерства нафти, компанії А та EuroCo виграють контракт. Через кілька років у газеті Foreign Country на першій полосі з'являється стаття про те, що контракт був отриманий за допомогою хабарів, і DOJ і SEC починають розслідування на предмет порушень FCPA.

Виходячи із цих фактів, які організації підпадають під юрисдикцію FCPA?

Усі організації легко підпадають під юрисдикцію FCPA. Компанія А є «емітентом» згідно з FCPA, а Посередник — «агентом» компанії А. EuroCo та Посередник також підпадають під дію положення FCPA про територіальну юрисдикцію на підставі їх діяльності на території США.

Приклади заходів, які застосовуються для отримання чи збереження можливостей для ведення бізнесу

- Виграш контракту
- Вплив на процес закупівлі
- Обхід правил ввезення продукції
- Отримання доступу до непублічної інформації про тендерні пропозиції
- Ухиляння від сплати податків чи штрафів
- Вплив на винесення рішень щодо судових позовів або виконавчих дій
- Звільнення від дотримання законодавчих норм
- Запобігання розірванню контракту

У 2004 році Апеляційний суд США по П'ятому округу розглянув перевірку ділової мети у справі «Сполучені Штати проти Кей» і ухвалив, що хабарі, виплачені для отримання сприятливого податкового режиму, який знижує мита та податки з продажів компанії на імпорт, можуть вважатися платежами, зробленими для «отримання або збереження можливостей» для ведення бізнесу у розумінні FCPA [69].

Суд пояснив, що ухваливши FCPA, «Конгрес мав намір заборонити широке коло платежів, а не тільки ті, які безпосередньо впливають на отримання або збереження державних контрактів або аналогічних комерційних чи промислових угод» [70]. Суд у справі Кей встановив, що «метою Конгресу були хабарі, що сплачуються за сприяння у покращенні ділових можливостей платника або його бенефіціара, незалежно від того, чи це сприяння є прямим або непрямим, і незалежно від того, чи пов'язано воно із застосуванням закону, присудженням, продовженням або поновленням контракту, виконанням чи збереженням угоди» [71].

Відповідно, компанія Кей визнала, що платежі для отримання сприятливого податкового режиму можуть, за відповідних обставин, порушувати FCPA:

Уникнення або зниження податків знижує операційні витрати і таким чином збільшує прибуток, вивільняючи кошти, які підприємство зобов'язане витратити згідно із законом. А це, у свою чергу, дозволяє йому робити будь-яку кількість дій на шкоду конкурентам. Підкуп іноземних посадових осіб з метою зниження податків і мит, безумовно, може забезпечити несправедливу перевагу перед конкурентами і цим допомогти платнику в отриманні чи збереженні можливостей для ведення бізнесу.

* * *

[М]и вважаємо, що Конгрес хотів, щоб FCPA широко застосовувався до платежів, призначених для надання допомоги платнику, прямо чи опосередковано, в отриманні або збереженні можливостей для ведення бізнесу для тієї чи іншої особи, і що хабарі, що виплачуються іноземним податковим чиновникам для забезпечення незаконного зниження митних та податкових зобов'язань, є платежами, які можуть підпадати під таке широке охоплення [72].

Дача хабарів працівникам митних органів

У 2010 році одній глобальній експедиторській компанії та шести її корпоративним клієнтам з нафтогазової галузі було пред'явлено звинувачення у дачі хабарів працівникам митних органів. Компанії давали хабарі митним чиновникам у більш як десяти країнах в обмін на такі переваги, як:

- ухилення від сплати мит на імпортовані товари
- неналежне прискорення імпорту товарів та обладнання
- продовження контрактів на буріння та зниження податкових нарахувань
- отримання підроблених документів, пов'язаних із тимчасовими дозволами на ввезення бурових установок
- створення умов для легшого і швидшого проходження митних операцій з буровими установками та іншим обладнанням

У багатьох випадках неправомірні платежі, про які йдеться, дозволяли компаніям продовжувати вести свій бізнес, що підпадає під заборону FCPA на корупційні платежі, що здійснюються з метою «збереження можливостей» для ведення бізнесу. Сім компаній виплатили загалом понад 235 млн \$ у вигляді цивільних та кримінальних санкцій та компенсацій.

Одним словом, хоч Закон FCPA не охоплює всіх видів хабарів, що даються по всьому світу з будь-якою метою, він широко застосовується до хабарів, що даються для отримання чи збереження можливостей для ведення бізнесу, що може включати платежі, зроблені для отримання широкого спектру несправедливих ділових переваг [73].

ЩО ОЗНАЧАЄ «З КОРУПЦІЙНОЮ МЕТОЮ»?

Щоб порушити FCPA, пропозиція, обіцянка чи дозвіл платежу чи виплати державному чиновнику повинні бути зроблені «з корупційною метою» [74]. Як зазначив Конгрес під час прийняття FCPA, словосполучення «з корупційною метою» означає намір чи бажання вплинути на одержувача:

Словосполучення «з корупційною метою» використовується для того, щоб чітко показати, що пропозиція, платіж, обіцянка або подарунок мають бути спрямовані на те, щоб спонукати отримувача зловживати своїм службовим становищем; наприклад, неправомірно направити бізнес на користь платника або його клієнта, забезпечити преференційне законодавство чи норми, або спонукати іноземну посадову особу не виконувати офіційні функції [75].

За наявності корупційного наміру FCPA забороняє виплачувати, пропонувати або обіцяти виплатити гроші чи щось цінне (або санкціонувати виплату, пропозицію або обіцянку) [76]. Акцентуючи увагу на намірі, FCPA не вимагає, щоб корупційна дія досягла своєї мети [77]. Іноземна посадова особа також не повинна фактично вимагати, приймати або отримувати корупційну виплату, щоб ха-

бародавець був притягнутий до відповідальності [78]. Наприклад, в одній справі нью-йоркський брокер з комерційної нерухомості пообіцяв посереднику дати хабар у розмірі 2,5 млн \$ державному чиновнику із суверенного фонду добробуту однієї з країн Близького Сходу, щоб спонукати суверенний фонд добробуту купити комплекс офісних будівель вартістю 800 млн \$, що належав клієнту брокера. І насправді заплатив посереднику 500 тис. \$ як авансовий платіж. Проте, не знаючи брокера з нерухомості, посередник не мав жодних стосунків із іноземним чиновником і просто залишив собі платіж у розмірі 500 тис. \$. Незважаючи на те, що іноземний посадовець не отримав хабаря, обвинувачений був визнаний винним у порушенні FCPA [79].

Крім того, якщо пропозиція, обіцянка, дозвіл чи виплата здійснюються з корупційною метою, суб'єкт не зобов'язаний знати особу отримувача; спроби достатньо [80]. Таким чином, керівник, який уповноважив інших заплатити «кому треба» в іноземному уряді для отримання контракту, порушив FCPA, навіть якщо зрештою хабар не був запропонований або виплачений.

ЩО ОЗНАЧАЄ «НАВМИСНО АБО З УМИСЛОМ» І КОЛИ ВОНО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ?

Для того, щоб індивідуальний відповідач міг бути притягнутий до кримінальної відповідальності за FCPA, він або вона повинні діяти «навмисно» [81]. Доказ навмисності не потрібний для встановлення корпоративної кримінальної чи цивільної відповідальності [82], але доказ корупційних намірів потрібен.

Термін «навмисно» не визначено FCPA, але зазвичай суди тлумачать його, як дію, вчинену добровільно, навмисно і з поганою метою, тобто «з усвідомленням того, що [відповідач] робить «погану» дію відповідно до загальних норм права» [83]. Як пояснив Верховний суд у справі «Браян проти Сполучених Штатів», «загалом, при використанні в кримінальному контексті, «навмисна» дія — це дія, вчинена з «поганою метою». Іншими словами, щоб довести «навмисне» порушення закону, «уряд повинен довести, що відповідач діяв, знаючи, що його поведінка була незаконною» [84].

Слід зазначити, що, як встановили Другий і П'ятий окружні апеляційні суди, FCPA не вимагає від уряду доводити, що відповідач був конкретно обізнаний про FCPA або знав, що його поведінка порушує FCPA [85]. Щоб бути винним, відповідач має діяти із поганою метою, тобто загалом розуміти, що його поведінка є незаконною.

ЩО ОЗНАЧАЄ «ЩОСЬ, ЩО МАЄ ЦІННІСТЬ»?

Приймаючи Закон FCPA, Конгрес визнав, що хабарі можуть бути різних форм і розмірів — широкий спектр несправедливих переваг [86] — тому закон забороняє корупційну «пропозицію, виплату, обіцянку виплати або дозвіл на виплату будь-яких грошей, або пропозицію, обіцянку подарувати чи дозвіл подарувати щось цінне» іноземній посадовій особі [87].

Неправомірна вигода може бути у різних формах. Хоча у справах часто фігурують грошові виплати (іноді під виглядом «плати за консультації» або «комісійних», що передаються через посередників), в інших випадках йдеться про витрати на відрядження і дорогі подарунки. Як і національний закон про хабарництво, FCPA не містить мінімальної межі для корупційних подарунків або платежів [88]. Зрозуміло, те, що може вважатися скромним платежем у Сполучених Штатах, може бути більшою і значнішою сумою в іншій країні.

Незалежно від розміру, щоб подарунок чи інша виплата порушували закон, платник повинен мати корупційні наміри, тобто намір неправомірно вплинути на державного чиновника. Вимога про наявність корупційних намірів захищає компанії, які займаються звичайним та законним просуванням свого бізнесу, при цьому спрямована на припинення поведінки, яка має на меті неправомірно спонукати чиновників до зловживання своїм становищем. Таким чином, важко уявити собі сценарій, в якому надання чашки кави, проїзду на таксі або рекламних матеріалів компанії за звичайною вартістю свідчить про корупційний намір, і ні DOJ, ні SEC ніколи не проводили розслідувань таких дій. Більш того, як і у всіх сферах діяльності федеральних правоохоронних органів, DOJ та SEC на свій розсуд вирішують, які справи відповідають пріоритетам правоохоронних органів та «виправдовують» розслідування. Проте певні закономірності все ж таки простежуються: Правозастосовні дії DOJ та SEC по боротьбі з хабарництвом зосереджені на дрібних платежах і подарунках тільки в тих випадках, коли вони є частиною системної або тривалої поведінки, що свідчить про схему корупційної винагороди осіб для отримання чи збереження можливостей для ведення бізнесу. Ці оцінки обов'язково залежать від конкретних фактів.

Готівка

Найбільш очевидною формою корупційних платежів є великі суми готівки. У деяких випадках компанії окремо зберігали кошти, спеціально призначені для використання в якості хабарів. Одна бразильська компанія, яка була акціонером американського емітента, розробила та керувала секретною фінансовою структурою, яка функціонувала для здійснення та обліку корупційних платежів іноземним посадовим особам. Серед інших методів, які використовувала компанія, вона переводила кошти бразильським мінійлам (doleiros), які знімали суми готівкою та передавали їх чиновникам [89]. В іншому випадку спільне підприємство, що складається з чотирьох компаній, використало свого агента для виплати хабарів у розмірі 5 мільйонів доларів нігерійській політичній партії [90]. Платежі агенту здійснювалися у валізах з готівкою (зазвичай частинами по 1 мільйону доларів), а в одному випадку — у багажнику автомобіля, коли готівка не вміщалася у валізу [91].

Подарунки, подорожі, розваги та інші цінні речі

Невеликий подарунок або знак визнання чи вдячності часто є доречним способом проявити повагу один до одного в колі ділових людей. Доречне дарування

подарунків — це коли подарунок дарується відкрито та прозоро, належним чином відображається у бухгалтерських документах дарувальника, надається лише для вираження поваги чи подяки та дозволений місцевим законодавством.

Предмети звичайної вартості, такі як оплата проїзду на таксі, розумні витрати на харчування та розваги, або рекламна продукція компанії, навряд чи можуть неналежним чином вплинути на посадову особу та, в результаті, стати предметами, які призводять до проваджень з боку DOJ чи SEC. Однак чим більший або екстраординарніший подарунок, тим більша ймовірність того, що він був зроблений з неналежною метою. Таким чином, справи, порушені DOJ та SEC, стосувалися як поодиноких випадків великих, екстраординарних подарунків (таких як спортивні автомобілі, шуби та інші предмети розкоші), так і широко розповсюджених подарунків дрібніших предметів у рамках схеми хабарів [92]. Наприклад, в одній з недавніх справ публічна енергетична компанія в Нідерландах досягла згоди з DOJ з приводу хабарів, які вона давала, включаючи екстраординарні подарунки, зокрема, оплата поїздок іноземних чиновників на спортивні заходи та надання їм грошей на «представницькі витрати», оплата навчання в школі для дітей іноземних чиновників та доставка розкішних автомобілів іноземним чиновникам [93].

В іншій справі, порушеній DOJ та SEC, відповідач надав урядовцеві членський внесок у замський клуб та генератор, а також оплатив витрати на утримання домашнього господарства, оплатив рахунки за стільниковий зв'язок, автомобіль вартістю 20 тис. \$ та оренду лімузину. Цей чиновник також отримав 250 тис. \$ через стороннього агента [94].

Крім того, ряд позовів про застосування FCPA пов'язані з корупційною оплатою витрат на відрядження та витрат на розваги. І DOJ, і SEC порушували справи, в яких ці види видатків відбувалися у поєднанні з іншими діями, що відображають систематичний підкуп чи інші очевидні ознаки корупційних намірів.

Справа за участю телекомунікаційної компанії-«емітента», що базується у Швеції, ілюструє типи неналежних витрат на поїздки та розваги, які порушують FCPA. Починаючи з 1990-х років і принаймні до 2013 року, компанія виплатила мільйони доларів різним третім особам, частина з яких була використана для оплати подарунків, поїздок та розваг, включаючи закордонні поїздки, для китайських урядовців, щоб вигравати контракти із державними телекомунікаційними компаніями. Хоча частина цих поїздок нібито призначалася для участі у навчанні на підприємствах компанії, насправді у багатьох з них навчання не проводилося, і компанія не мала жодних об'єктів у цих місцях. Такі поїздки включали, зокрема, розкішний круїз Карибами, поїздки в Лас-Вегас і Лондон. Компанія також неправильно відобразила платежі за ці поїздки у своїх внутрішніх бухгалтерських документах [95].

Аналогічним чином телекомунікаційна компанія з Нью-Джерсі витратила мільйони доларів на приблизно 315 поїздок китайських державних чиновників нібито для огляду заводів та навчання чиновників з питань експлуатації обладнання компанії [96]. Насправді, під час багатьох з цих поїздок чиновники практично не відвідували підприємства компанії, а натомість відвідували такі туристичні

місця, як Гаваї, Лас-Вегас, Великий Каньйон, Ніагарський водоспад, Діснейленд, Universal Studios та Нью-Йорк [97]. Деякі з поїздок були охарактеризовані як «інспектування заводу» або «навчання» державних замовників, але здебільшого або повністю складалися з огляду визначних пам'яток у місцях, обраних посадовими особами, зазвичай тривали два тижні і коштували від 25 тис. \$ до 55 тис. \$ за поїздки. У деяких випадках компанія видавала державним службовцям від 500 до 1000 \$ на день як «кишенькові» кошти і оплачувала всі витрати на проживання, транспорт, харчування та розваги. Компанія або не враховувала ці витрати у власних облікових документах, або неправильно відображала їх як гонорар за консультації. Компанія також не запровадила належного внутрішнього контролю для моніторингу оплати поїздок та інших цінних речей китайським урядовцям [98].

Компанії також можуть порушити FCPA, якщо вони передають кошти або подарунки третім особам, наприклад, членам сім'ї посадової особи, що визначається як непрямий спосіб корупційного впливу на іноземну посадову особу. Наприклад, один із відповідачів сплатив особисті рахунки та надав авіаквитки двоюрідному братові та близькому другу іноземного чиновника, впливу якого відповідач домагався при отриманні контрактів [99]. Відповідач був засуджений у суді та отримав тюремний строк [100]. В іншому прикладі філія швейцарського банку у Гонконгу брала участь у систематичній схемі найму, просування та утримання дітей китайських чиновників з метою отримання ділових зав'язків із цими чиновниками [101]. Зрештою, компанія втратила близько 30 млн \$ та заплатила кримінальний штраф у розмірі 47 млн \$ за порушення FCPA.

Приклади неналежних поїздок та розваг

поїздка на день народження одного урядовця з Мексики за 12 тис. \$, яка включала відвідування винотек та обідів

10 тис. \$ витрачено на вечері, напої та розваги для урядовця

поїздка до Італії для восьми іракських урядовців, яка складалася в основному з огляду пам'яток і включала 1 тис. \$ на «кишенькові витрати» для кожного чиновника

поїздка до Парижа для урядовця та його дружини, яка складалася в основному з екскурсійних заходів на автомобілі з водієм

У рамках ефективної комплаєнс-програми компанія має розробити чіткі та легкодоступні інструкції та процеси, що стосуються дарування подарунків директорами, посадовими особами, співробітниками та агентами компанії. Хоча це не обов'язково підходить для кожного підприємства, багато великих компаній автоматизували процеси видачі подарунків та встановили чіткі грошові пороги для подарунків, а також щорічні ліміти з обмеженими винятками для подарунків, схвалених відповідним керівництвом. Чіткі керівні принципи та процеси можуть бути ефективними та дієвими засобами контролю за даруванням подарунків, запобігання неналежним подарункам та захисту корпоративних активів.

FCPA не забороняє дарування подарунків. Скоріше, як і у разі звичайного хабарництва в США, FCPA забороняє виплату хабарів, зокрема, замаскованих під подарунки.

Благодійні внески

Компанії часто займаються благодійністю у межах законної роботи з місцевим населенням. FCPA не забороняє благодійні внески та не перешкоджає корпораціям діяти як соціально відповідальні бізнеси.

Проте компанії не можуть використовувати благодійні внески як спосіб передачі хабарів державним чиновникам.

Наприклад, фармацевтична компанія використала благодійні внески у невелику місцеву благодійну організацію з відновлення замку, очолювану іноземним державним чиновником, щоб схилити чиновника до налагодження співпраці саме з цією компанією. Хоча благодійна організація була доброчесною, внутрішні документи дочірньої компанії фармацевтичної компанії показали, що платежі розглядалися не як благодійні внески, а як «внески», які дочірня компанія мала сплачувати за допомогу урядовця. Виплати становили значну частину загального бюджету дочірньої компанії на рекламні пожертвування та були структуровані таким чином, щоб дозволити дочірній компанії перевищити дозволені ліміти. Ці виплати також не відповідали внутрішній політиці компанії, яка передбачала, що благодійні пожертвування, як правило, мають бути зроблені закладам охорони здоров'я та повинні бути пов'язані з медичною практикою [102].

Гіпотетична ситуація: Подарунки, поїздки та розваги

Компанія А — велика американська машинобудівна компанія, що здійснює свою діяльність у більш, ніж 50 країнах світу, у тому числі у низці країн з високим ризиком корупції, як от в Іноземній державі. Акції компанії А котируються на національній фондовій біржі США. Під час ведення бізнесу за кордоном посадовці та співробітники компанії А регулярно контактують з іноземними чиновниками, включаючи співробітників різних міністерств та державних інституцій. На торговій виставці компанія А має стенд, на якому вона пропонує безкоштовні ручки, кепки, футболки та інші подібні рекламні предмети з логотипом компанії А. Компанія А також пропонує на стенді безкоштовну каву, інші напої та закуски. Деякі з відвідувачів стенду — іноземні чиновники. Чи порушує компанія А FCPA?

Ні. Це законні, чесні витрати, які здійснюються у зв'язку з просуванням, демонстрацією чи описом продукції, чи послуг компанії А. Тут немає нічого, що вказувало би на корупційний умисел. FCPA не перешкоджає компаніям просувати свій бізнес таким чином або надавати законну гостинність, зокрема, іноземним посадовим особам. Надання рекламної продукції з логотипами компанії або безкоштовних закусок, як зазначено вище, є належним способом надання гостинності та просування бізнесу. Така поведінка ніколи не ставала підставою для відкриття проваджень щодо порушення FCPA.

На торговій виставці Компанія А запрошує дюжину дійсних (нинішніх) та потенційних клієнтів випити та оплати середній рахунок у барі. Деякі з нинішніх та потенційних клієнтів є іноземними посадовими особами відповідно до FCPA. Чи порушує Компанія А FCPA?

Ні. Знову ж таки, Закон FCPA не був розроблений для заборони всіх форм гостинності для іноземних посадових осіб. Хоча витрати тут можуть бути суттєвішими, ніж на напої, закуски та рекламну продукцію, надану на стенді, і запрошені спеціально відібрані, все ж ніщо не вказує на корупційний умисел.

Два роки тому Компанія А виграла довгостроковий контракт на постачання товарів та послуг державній Комісії з електроенергетики в Іноземній державі. Комісія з електроенергетики на 100% належить, контролюється та керується урядом Іноземної держави, на співробітників Комісії з електроенергетики поширюються внутрішні закони Іноземної держави про хабарництво. Деякі керівники Компанії А знаходяться в Іноземній країні для зустрічей із посадовими особами Комісії з електроенергетики. Керуючий Комісії з електроенергетики нещодавно одружився, і під час поїздки керівники Компанії А дарують йому кришталеву вазу помірної ціни як весільний подарунок та знак поваги. Чи порушує Компанія А FCPA?

Ні. Надання обґрунтованих подарунків іноземним посадовим особам на знак поваги чи подяки є доречним. Важливо, щоб такі подарунки були зроблені відкрито та прозоро, належним чином відображені у фінансовій звітності компанії та вручалися лише у випадках, коли це доречно відповідно до локальних звичаїв та дозволено за місцевим законодавством.

Під час виконання описаного вище контракту Компанія А періодично проводить навчання співробітників Комісії з електроенергетики на своїх об'єктах у Мічигані. Навчання оплачується Комісією з електроенергетики як частина контракту. Вищі посадові особи Комісії з електроенергетики повідомляють Компанії А, що вони хочуть проінспектувати об'єкти та переконатися, що навчання відбувається успішно. Компанія А оплачує авіаквитки, готель та транспорт для високопосадовців Комісії з електроенергетики, щоб вони прилетіли до Мічигану для інспекції об'єктів Компанії А. Оскільки це тривалий міжнародний переліт, Компанія А погоджується сплатити авіаквитки бізнес-класу, на які мають право її власні співробітники на тривалих перельотах. Іноземні чиновники приїжджають до Мічигану на кілька днів, протягом яких проводять відповідну інспекцію. Керівники Компанії А запрошують чиновників на вечерю за помірними цінами, бейсбольний матч та спектакль. Чи порушують якісь із цих дій FCPA?

Ні. Ані витрати, пов'язані з навчанням співробітників, ані поїздка вищих посадових осіб на об'єкти Компанії з метою їхньої перевірки не порушують FCPA. Розумні та чесні витрати на рекламу не порушують FCPA. У цьому випадку Компанія А проводить навчання співробітників Комісії з електроенергетики та приймає вищих посадових осіб Комісії з електроенергетики. Їх перевірка виконання контракту є законною діловою метою. Навіть надання авіаквитків бізнес-класу є розумним у даних обставинах, як і харчування та розваги, які є лише невеликим компонентом ділової поїздки.

Був би цей висновок іншим, якби Компанія А натомість сплатила вищим посадовим особам поїздку першим класом разом з їхніми супутниками (супутницями) в тижневу поїздку до Лас-Вегаса, де у Компанії А немає підприємств?

Так. Така поведінка майже стовідсотково порушує FCPA, оскільки свідчить про корупційні наміри. У даному випадку поїздка не має жодних законних ділових цілей, є екстраординарною, включає витрати на подружжя чиновників і, отже, спрямована на корупційну вигоду для іноземних державних посадових осіб. Більше того, якби поїздка була оформлена як законні ділові витрати — наприклад, на проведення тренінгів на своїх підприємствах — Компанія А також порушила б положення FCPA щодо фінансового обліку та звітності. Крім того, така поведінка свідчить про недоліки у системі внутрішнього контролю Компанії А.

Термін дії контракту Компанії А з Комісією з електроенергетики закінчується, і Комісія з електроенергетики пропонує наступний контракт у рамках тендеру. Співробітник Комісії з електроенергетики зв'язується з Компанією А і пропонує надати Компанії А конфіденційну інформацію, що не підлягає розголошенню, про пропозиції конкурентів Компанії А, якщо Компанія А оплатить відпустку в Парижі для нього та його подруги. Співробітники Компанії А виконують прохання чиновника, оплачують відпустку, отримують конфіденційну інформацію про пропозицію і все ж таки не вирають контракт. Чи порушила Компанія А FCPA?

Так. Компанія А надала цінні речі іноземній посадовій особі з метою схилити її до зловживання службовим становищем та отримання неправомірної переваги. Не має значення, що саме іноземна посадова особа першою запропонувала незаконну поведінку або що Компанія А в кінцевому підсумку не виграла контракт. Така поведінка також порушує положення FCPA щодо фінансового обліку та звітності, якщо поїздка була зареєстрована як законні ділові витрати та свідчить про недоліки у системі внутрішнього контролю Компанії А.

Належні процедури due diligence та контроль мають вирішальне значення для благодійних пожертвувань. Загалом, адекватність заходів, вжитих для запобігання неправомірному використанню благодійних пожертвувань, залежатиме від аналізу ризиків та конкретних фактів. У релізі наданих роз'яснень № 10-02 DOJ описав заходи due diligence та контролю, які можуть мінімізувати ймовірність порушення FCPA. У цій справі євразійська філія американської неурядової організації отримала прохання від агентства іноземного уряду надати грант місцевій мікрофінансовій організації (МФО) як передумову для перетворення філії на банк. Філія запропонувала виділити місцевому МФО 1,42 млн. \$ для задоволення цього прохання. Вона провела великий триетапний процес due diligence для вибору запропонованого одержувача гранту та встановила значні заходи контролю за пропонуваним грантом, включаючи постійний моніторинг та аудит, виділення коштів на нарощування потенціалу отримувача гранту, заборону компенсації членом ради директорів та впровадження положень антикорупційного комплаєнсу. DOJ пояснив, що не вживатиме жодних правозастосовних дій, оскільки належна обачність компанії та контроль, який вона планувала встановити, достатні для запобігання порушенням FCPA.

В інших публікаціях роз'яснень також розглядаються благодійні гранти чи пожертвування. Згідно з фактами, представленими в цих релізах, DOJ схвалив запропонований грант або пожертвування [103], ґрунтуючись на заходах due diligence та контролю, таких як:

- сертифікація одержувача щодо дотримання FCPA [104];
- due diligence на підтвердження того, що ніхто з посадових осіб одержувача не був пов'язаний з відповідним іноземним урядом [105];
- вимога, щоб одержувач надав аудит фінансової звітності [106];
- письмова угода з одержувачем, що обмежує використання коштів [107];
- кроки щодо забезпечення того, що кошти було переведено на дійсний банківський рахунок [108];

- доказ того, що зобов'язання благодійної організації були виконані до того, як кошти були виділені [109], а також
- постійний моніторинг ефективності програми [110].

Законні благодійні пожертвування не порушують FCPA. Дотримання FCPA лише вимагає, щоб благодійність не використовувалася як засіб приховування платежів, зроблених з метою корупційного впливу на іноземних посадових осіб.

**П'ять питань, які слід враховувати при здійсненні
благодійних платежів в іноземній державі:**

1. Яка мета платежу?
2. Чи відповідає платіж внутрішній політиці (інструкціям) компанії у сфері благодійності?
3. Чи здійснюється платіж на прохання іноземної посадової особи?
4. Чи пов'язана іноземна посадова особа з благодійною організацією і, якщо так, чи може вона приймати рішення щодо вашого бізнесу в цій країні?
5. Чи обумовлений платіж отриманням ділової чи іншої вигоди?

ХТО Є ІНОЗЕМНОЮ ПОСАДОВОЮ ОСОБОЮ?

Положення FCPA щодо боротьби з хабарництвом застосовуються до корупційних платежів, зроблених (1) «будь-якій іноземній посадовій особі»; (2) «будь-якій іноземній політичній партії або її посадовій особі»; (3) «будь-якому кандидату на іноземну політичну посаду»; або (4) будь-якій особі, знаючи, що увесь платіж або його частина буде запропонована, передана або обіцяна особі, яка підпадає під одну з цих трьох категорій [111]. Хоча в законі проводиться різниця між «іноземною посадовою особою», «іноземною політичною партією або її посадовою особою» та «кандидатом на іноземну політичну посаду», термін «іноземна посадова особа» в цьому посібнику зазвичай застосовується до особи, яка підпадає під будь-яку з цих трьох категорій.

FCPA визначає поняття «іноземна посадова особа» так: будь-яка посадова особа або співробітник іноземного уряду чи будь-якого його департаменту, агентства чи державної установи, або публічної міжнародної організації, чи будь-яка особа, яка в межах своїх компетенцій діє офіційно від імені уряду чи департаменту, агентства чи державної установи, або від імені публічної міжнародної організації [112].

Як зрозуміло з цього формулювання, FCPA широко застосовується до корупційних платежів «будь-якій» посадовій особі чи співробітнику іноземного уряду та осіб, що діють від імені іноземного уряду [113]. Таким чином, FCPA охоплює корупційні платежі як рядовим співробітникам, так і високопосадовцям [114].

FCPA забороняє виплати іноземним посадовим особам, а не іноземним урядам [115]. Тим не менш, компанії, які планують вклади або пожертвування інозем-

ним урядам, повинні зробити кроки для забезпечення того, щоб кошти не використовувалися з корупційною метою, наприклад, для особистої вигоди окремих іноземних посадових осіб.

ДЕПАРТАМЕНТ, АГЕНТСТВО ЧИ ДЕРЖАВНА УСТАНОВА ІНОЗЕМНОГО УРЯДУ

Іноземні посадові особи відповідно до FCPA включають посадових осіб або співробітників департаментів, агентств або державних установ іноземних урядів. Якщо іноземний уряд організовано за принципом, схожим з американською системою, те, що є урядовим департаментом або агентством, як правило, зрозуміло (наприклад, міністерство енергетики, агентство національної безпеки або транспортне відомство) [116]. Однак уряди можуть бути організовані по-різному [117]. Багато з них працюють через державні та контрольовані державою організації, особливо в таких галузях, як аерокосмічна та оборонна промисловість, банківська справа та фінанси, охорона здоров'я та науки про життя, енергетика та видобувна промисловість, телекомунікації та транспорт [118]. Включаючи посадових осіб або співробітників агентств та державних установ у визначення «іноземна посадова особа», FCPA враховує цю варіативність.

Термін «державна установа» є широким і може включати державні чи контрольовані державою організації. Питання про те, чи є конкретна організація «державною установою» відповідно до FCPA, вимагає аналізу фактів, пов'язаних із володінням, контролем, статусом та функціями організації [119]. Суд Одинадцятого округу розглянув визначення «державної установи» у справі Сполучені Штати проти Есквеназі, в якому йшлося про телекомунікаційну компанію Гаїті, яка належить державі та контролюється нею [120]. Суд дійшов висновку, що «державна установа» за FCPA — це «суб'єкт, який контролюється урядом іноземної держави і виконує функції, які контролюючий уряд розглядає як свої власні» [121]. Хоча суд зазначив, що цей критерій залежить від фактів, він навів наступний відкритий список факторів для визначення того, чи контролює уряд ту чи іншу організацію:

- офіційне призначення/заснування іноземним урядом цієї організації;
- чи має уряд контрольний пакет акцій організації;
- можливість уряду наймати та звільняти керівників організації;
- ступінь, у якій прибуток організації, якщо такий є, надходить безпосередньо на державні фінансові рахунки, і, водночас, ступінь, у якій уряд фінансує організацію, якщо вона збиткова; і
- тривалість існування цих ознак [122].

Щоб визначити, чи виконує організація функцію, яку уряд розглядає як власну, Суд Одинадцятого округу перерахував такий відкритий перелік факторів:

- чи має організація монополію на функцію, для виконання якої вона існує;
- чи субсидує уряд витрати, пов'язані з наданням послуг організації;
- чи надає організація послуги широкому загалу в іноземній державі; і
- чи сприймає громадськість та держава цієї іноземної країни в цілому організацію як таку, що виконує державні функції [123].

Крім того, ряд судів в інших округах затвердили остаточні інструкції для присяжних, які містять аналогічний невичерпний перелік факторів, що підлягають розгляду [124].

Компаніям слід враховувати ці фактори при оцінці ризику порушення FCPA та розробці комплаєнс-програм.

DOJ та SEC ведуть справи, пов'язані з державними установами, з моменту прийняття FCPA і вже давно використовують аналіз власності, контролю, статусу та функцій для визначення того, чи є конкретна організація агентством чи державною установою іноземного уряду. Наприклад, друга в історії справа про FCPA, порушена DOJ, стосувалася каліфорнійської компанії, яка платила хабарі через мексиканську корпорацію двом керівникам державної мексиканської національної нафтової компанії [125]. А на початку 1980-х років DOJ та SEC порушили справу про хабар у розмірі 1 млн \$ голові кінного відомства Тринідад і Тобаго [126].

DOJ та SEC продовжують регулярно порушувати справи відповідно до FCPA, пов'язані з дачею хабарів співробітникам агентств та державних установ іноземних урядів. В одній із таких справ дочірня компанія швейцарської інженерної компанії давала хабарі посадовим особам Державної комісії з електроенергетики. Комісія була створена, належала і контролювалася мексиканським урядом і мала монополію на передачу та розподіл електроенергетики в Мексиці. Багато членів ради комісії були урядовими чиновниками, а директор був призначений президентом Мексики [127]. Аналогічно, у справі про телекомунікаційну компанію Гаїті, що належить державі та контролюється нею. Керівники телекомунікаційної компанії Майамі були звинувачені у дачі хабарів співробітникам телекомунікаційної компанії. Телекомунікаційна компанія на 97% належала і на 100% контролювалася урядом Гаїті. Гаїті надала компанії монополію на телекомунікаційні послуги та різні податкові переваги, генеральний директор компанії був обраний президентом Гаїті за згодою прем'єр-міністра Гаїті та міністрів громадських робіт та фінансів, а президент Гаїті призначив усіх членів ради директорів телекомунікаційної компанії [128].

Хоча жоден з факторів не є вирішальним чи важливішим за інший, на практиці підприємство (юридична особа) навряд чи кваліфікуватиметься як державна установа, якщо уряд не володіє або не контролює більшість його акцій. Проте існують обставини, за яких компанія кваліфікуватиметься як державна установа за відсутності 50% або більше власності іноземного уряду, що відображено в певній кількості правозастосовних дій DOJ чи SEC, порушених у таких ситуаціях. Наприклад, крім того, що три дочірні компанії французького емітента були визнані винними у дачі хабарів на мільйони доларів двом чинним президентам двох різних країн, вони були визнані винними у дачі хабарів співробітникам малайзійської телекомунікаційної компанії, яка на 43% належала Міністерству фінансів Малайзії. Незважаючи на міноритарний пакет акцій компанії, міністерство мало статус «спеціального акціонера», мало право вето на всі великі витрати і контролювало важливі операційні рішення [129]. Крім того, більшість вищих посадових осіб компанії були політичними призначеннями, включаючи голову та члена ради, голову тендерного комітету та виконавчого директора [130]. Таким чином, незважаючи на те, що уряд

Малайзії мав міноритарний пакет акцій, компанія була державною установою уряду Малайзії, оскільки уряд фактично мав суттєвий контроль над компанією.

Компанії та приватні особи також повинні пам'ятати, що незалежно від того, чи є організація державною установою іноземного уряду, чи приватною організацією, комерційний підкуп (приватному суб'єкту від приватного суб'єкта) все одно може порушувати положення FCPA про фінансовий облік та звітність, Закон про пересування, закони про боротьбу з відмиванням грошей та інші федеральні чи іноземні закони. Таким чином, будь-який вид корупційного платежу несе у собі ризик судового переслідування.

ПУБЛІЧНІ МІЖНАРОДНІ ОРГАНІЗАЦІЇ

У 1998 році до Закону FCPA були внесені поправки, що розширюють визначення «іноземної посадової особи» і включають до неї співробітників та представників міжнародних організацій [131]. «Публічна міжнародна організація» — це будь-яка організація, затверджена як така Постановою уряду відповідно до Закону про імунітет міжнародних організацій, 22 U.S.C. § 288, або будь-яка інша організація, затверджена Президентом [132]. Зараз до таких публічних міжнародних організацій належать Організація Об'єднаних Націй, Світовий банк, Міжнародний валютний фонд, Всесвітня організація інтелектуальної власності, Світова організація торгівлі, ОЕСР, Організація американських держав та багато інших. Повний перелік організацій, визначених як «публічні міжнародні організації», міститься в 22 U.S.C. § 288, а також може бути знайдений на веб-сайті Бюро урядових публікацій США за посиланням <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title22/html/USCODE-2018-title22-chap7-subchapXVIII-sec288.htm>. DOJ висунув звинувачення проти осіб, які дають хабарі співробітникам та представникам таких «публічних міжнародних організацій» [133].

ЯК ТРАКТУЮТЬСЯ ПЛАТЕЖІ ТРЕТІМ ОСОБАМ?

Закон FCPA однозначно забороняє корупційні платежі через третіх осіб або посередників [134]. Зокрема, він охоплює платежі, зроблені «будь-якій особі, знаючи, що всі або частина цих грошей чи цінностей будуть запропоновані, передані чи обіцяні, прямо чи опосередковано, іноземній посадовій особі» [135]. Багато компаній, які ведуть бізнес в іншій країні, наймають місцеву людину або компанію для допомоги у веденні бізнесу. Хоча ці іноземні агенти можуть давати цілком законні поради щодо місцевих звичаїв та процедур та сприяти проведенню ділових операцій, компанії повинні знати про ризики, пов'язані із залученням сторонніх агентів чи посередників. Той факт, що хабар дається третьою стороною, не виключає можливості кримінальної чи цивільної відповідальності за положеннями FCPA [136].

Наприклад, французька міжнародна фінансова організація та американська фірма з управління інвестиціями найняли стороннього торгового агента для налагодження бізнесу в Лівії. Фінансові установи неодноразово залучали стороннього торгового агента для налагодження бізнесу з лівійськими державними фінансо-

вими установами, у результаті виплативши торговому агенту понад 90 млн \$ у вигляді комісійних. Фактично, торговий агент використав частину комісійних для підкупу високопосадовців Лівії, щоб забезпечити розміщення активів на суму близько 3,66 млрд. \$ у фінансових установах. У результаті французька міжнародна фінансова організація та американська фірма з управління інвестиціями виплатили в сукупності близько 600 млн \$ у вигляді штрафів; французька фінансова організація уклала угоду про відстрочку судового переслідування з DOJ, а дочірня компанія, що перебуває в її повній власності, визнала свою провину; американська фінансова організація уклала угоду про відмову від судового переслідування з DOJ та виплатила 34,5 млн \$ у рамках угоди з SEC [137].

В іншій справі, у період з 1996 по 2012 роки, енергетична компанія, акції якої торгуються на біржі в Нідерландах, регулярно залучала сторонніх торгових агентів для дачі хабарів іноземним посадовим особам щонайменше у п'яти країнах: Бразилії, Анголі, Екваторіальній Гвінеї, Казахстані та Іраку. За час дії змови компанія виплатила своїм агентам «комісійні» у розмірі не менше, ніж 180 млн \$, отримавши прибуток у розмірі не менше, ніж 2,8 млрд \$. Компанія та її американська філія зізналися у порушенні FCPA, як і її колишній генеральний директор та керівник відділу продажів та маркетингу [138].

Оскільки Конгрес передбачав використання третіх сторін як агентів у схемах хабарництва — наприклад, щоб уникнути звинувачення у навмисному хабарі — він визначив термін «усвідомленість» таким чином, щоб не дозволити фізичним та юридичним особам уникнути відповідальності, поставивши «якось особу» між собою та іноземними посадовими особами [139]. Відповідно до FCPA, розумовий стан особи є «усвідомленим» щодо поведінки, обставини або результату, якщо особа:

- усвідомлює, що [він] бере участь у такій поведінці, що така обставина існує або такий результат практично справді відбудеться; або
- має тверду впевненість у тому, що така обставина існує або що такий результат з великою ймовірністю настане [140].

Таким чином, особа є відповідно обізнаною, коли їй відомо про високу ймовірність існування такої обставини, якщо, звичайно, вона не вважає, що такої обставини не існує [141]. Як чітко дав зрозуміти Конгрес, він мав намір покласти відповідальність не лише на тих, хто фактично знав про правопорушення, а й на тих, хто навмисне уникає фактичного знання:

[Т]ак звана проблема «голови в піску», яка у відповідних органах по-різному описується як «свідоме незнання», «навмисна сліпота» або «навмисне ігнорування», повинна охоплюватися законом, щоб керівники не могли уникати заборон Закону через свою необґрунтовану необізнаність про якісь дії (чи бездіяльність), вислови чи інші «сигнали», які повинні були б стати для них ясною підставою подумати про «високу ймовірність» порушення FCPA [142].

До поширених «червоних прапорців», пов'язаних з третіми особами, належать:

- надмірні комісійні для сторонніх агентів чи консультантів;

- необґрунтовано великі знижки стороннім дистриб'юторам;
- «консультаційні угоди», які включають лише туманно описані послуги;
- сторонній консультант працює в іншій сфері діяльності, ніж та, для якої він був залучений;
- третя сторона є родичем чи тісно пов'язана з іноземною посадовою особою;
- третя сторона стала частиною угоди за прямим запитом чи наполяганням іноземної посадової особи;
- третя сторона є підставною компанією, яка зареєстрована в офшорній юрисдикції; і
- третя сторона вимагає платежі на офшорні банківські рахунки.

Компанії можуть знизити ризики FCPA, пов'язані зі сторонніми агентами, шляхом впровадження ефективної комплаєнс-програми, яка включає due diligence будь-яких потенційних агентів.

Сполучені Штати проти Козені та ін.

У грудні 2011 року Апеляційний суд США по другому округу визнав законним припис про «свідоме ухиляння», що було надане в 2009 році під час судового процесу над бізнесменом, який був визнаний винним у змові з метою порушення положень FCPA про боротьбу з хабарництвом шляхом згоди на здійснення платежів у межах схеми, спрямованої на заохочення приватизації державної нафтової компанії Азербайджанської Республіки. Апеляційний суд дійшов висновку, що припис був обґрунтованим, посилаючись на докази та свідчення в суді про те, що відповідач знав, що корупція є поширеною в Азербайджані; що він знав про репутацію свого ділового партнера через неправомірні дії; що він створив дві американські компанії, щоб убезпечити себе та інших інвесторів від потенційної відповідальності за платежі, зроблені на порушення FCPA; і що відповідач висловив стурбованість під час телефонної конференції з приводу того, чи не підкуповують його діловий партнер та компанія чиновників.

Апеляційний суд також відхилив заяву відповідача про те, що звинувачення у свідомому ухиленні дозволило присяжним неправомірно визнати його винним на підставі факту неуважності, пояснивши, що достатні докази у справі свідчать про те, що відповідач мав «серйозні побоювання» щодо правомірності дій свого бізнес-партнера «і намагався уникати з'ясування того, що саме [він] робив», і зазначивши, що окружний суд спеціально проінструктував присяжних не ухвалювати вирок на підставі факту неуважності.

ЯКИМИ Є МОЖЛИВІ АРГУМЕНТИ ЗАХИСТУ?

Положення FCPA про боротьбу з хабарництвом містять два аргументи захисту: (1) що платіж був законним відповідно до чинного законодавства іноземної держави (так званий аргумент «місцевого законодавства») та (2) що гроші були витрачені в рамках демонстрації продукту або виконання договірних зобов'язань (аргумент «розумні та добросовісні ділові витрати»). Оскільки це аргументи захисту, на відповідача покладається тягар їх доведення.

АРГУМЕНТ «МІСЦЕВОГО ЗАКОНОДАВСТВА»

Для застосування місцевого законодавства як аргументу захисту відповідач повинен довести, що «зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного були законними відповідно до чинних законів та правил країни іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата» [143]. Обвинувачений повинен довести, що платіж був законним відповідно до чинних законів та правил іноземної держави на момент скоєння злочину. Створюючи у 1988 році такий аргумент захисту, Конгрес прагнув «ясно дати зрозуміти, що відсутність писаних законів у країні іноземної посадової особи сама по собі не буде достатньою для застосування такого аргументу» [144]. Таким чином, той факт, що хабар не може переслідуватись за місцевим законодавством, недостатній для встановлення захисту. На практиці місцеве законодавство як аргумент захисту виникає нечасто, оскільки чинні закони та правила країн рідко, якщо взагалі будь-коли, дозволяють корупційні платежі. Проте, якщо відповідач зможе довести, що поведінка, яка в інших випадках підпадає під дію положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, була законною відповідно до чинного місцевого законодавства, він чи вона матимуть захист від судового переслідування.

У справі Сполучені Штати проти Козені відповідач безуспішно намагався застосувати місцеве законодавство Азербайджану як аргумент захисту. Сторони заперечували зміст та застосовність азербайджанського законодавства, і кожна з них подала експертні звіти та свідчення на користь своїх суперечливих інтерпретацій. Суд ухвалив, що відповідач не може посилається на місцеве законодавство як аргумент захисту FCPA, оскільки азербайджанське законодавство фактично не легалізувало виплату хабаря. Суд дійшов висновку, що виключення в азербайджанському законодавстві, яке звільняє від кримінальної відповідальності хабародавців, які добровільно повідомляють владу про отримання хабаря, не робить хабар законним [145].

У справі Сполучені Штати проти Нг Лап Сенга окружний суд відхилив прохання відповідача проінструктувати присяжних щодо місцевого законодавства як аргументу захисту [146]. У цій справі відповідач був визнаний винним у змові, порушенні FCPA, хабарництві та відмиванні грошей у зв'язку зі схемою підкупу двох послів у Організації Об'єднаних Націй. Наводячи для присяжних аргументи на свій захист з посиланням на місцеве законодавство, відповідач стверджував, що рішення присяжних про те, що розглянуті платежі не були незаконними відповідно до офіційних законів та правил Антигуа та Домініканської Республіки, вимагатиме виправдання за пунктами звинувачення, пов'язаними з FCPA. Суд відхилив клопотання відповідача про надання інструкції щодо врахування аргументів захисту, встановивши, що запропонована інструкція «не відповідає прямому змісту формулювання щодо аргументів захисту відповідно до офіційного права та нормативних актів, що міститься у FCPA» [147]. Суд також пояснив, що запит відповідача не був прямо підкріплений більшістю джерел, які стосувалися цього питання, і, у разі його застосування, «призвів би до недоцільних результатів» [148].

РОЗУМНІ ТА ДОБРОЧЕСНІ ВИТРАТИ

FCPA дозволяє компаніям покривати розумні та доброчесні витрати на проїзд та проживання іноземній посадовій особі, і це є аргументом захисту, якщо витрати безпосередньо пов'язані з просуванням, демонстрацією або описом продукції чи послуг компанії, або пов'язані з виконанням компанією контракту з іноземним урядом чи агентством [149]. Однак поїздки, які здійснюються в основному з метою особистої розваги, не є розумними діловими витратами і можуть порушувати положення FCPA щодо боротьби з хабарництвом [150]. Більше того, коли витрати, безвідносно до того, чи є вони розумними, неправильно кваліфікуються у фінансовому обліку компанії, або коли несанкціоновані чи неналежні витрати відбуваються через відсутність адекватного внутрішнього контролю, вони також можуть порушувати положення FCPA про фінансовий облік та звітність. Цілеспрямована неправильна кваліфікація видатків також може, звичайно, вказувати на корупційні наміри.

DOJ і SEC систематично визнають, що підприємствам як іноземним, так і вітчизняним дозволяється оплачувати розумні витрати, пов'язані з просуванням їх продукції та послуг або виконанням існуючих контрактів. Крім того, DOJ часто давав роз'яснення щодо законних рекламних та пов'язаних із контрактами витрат — зокрема, що стосуються витрат на проїзд та проживання — у кількох релізах, складених за процедурою надання роз'яснень. В обставинах, представлених у цих релізах [151], DOJ вважає, що такі види витрат на іноземних посадових осіб не є підставою для вжиття заходів у рамках FCPA:

- поїздки та витрати на відвідування об'єктів або виробництв компанії;
- поїздки та витрати на навчання; і
- демонстрація продукції або рекламні заходи, включаючи проїзд та витрати на зустрічі.

Питання, чи є конкретний платіж чесними витратами, обов'язково вимагає аналізу конкретних фактів. Однак наступний перелік запобіжних заходів, який не є вичерпним, складений на основі декількох релізів, може бути корисним для підприємств при оцінці того, чи конкретні витрати є доречними і чи не порушують FCPA:

- Не вибирайте конкретних посадових осіб, які братимуть участь у запропонованій поїздки чи програмі [152], або краще вибирайте їх за заздалегідь визначеними критеріями, наприклад, на основі якихось службових заслуг [153].
- Оплачуйте всі витрати безпосередньо постачальникам путівки та житла та/або відшкодовуйте витрати тільки по пред'явленні квитанції [154].
- Не авансуйте кошти та не оплачуйте відшкодування готівкою [155].
- Переконайтеся, що будь-які стипендії є розумним наближенням до можливих витрат [156] і що витрати обмежені саме такими, які необхідні і розумні [157].
- Забезпечте прозорість витрат як усередині компанії, так і для іноземного уряду [158].
- Не ставте оплату витрат у залежність від будь-яких дій іноземної посадової особи [159].
- Отримайте письмове підтвердження того, що оплата витрат не суперечить місцевому законодавству [160].

- Не надавайте жодних додаткових компенсацій, стипендій або грошей на витрати понад те, що необхідно для оплати фактично понесених витрат [161].
- Переконайтеся, що кошти та витрати на іноземних посадових осіб будуть точно відображені у фінансових документах компанії [162].

Підсумовуючи, хоча певні витрати ймовірно й викличуть тривогу, вони не стануть приводом для судового переслідування, якщо вони: (1) розумні, (2) чесні та (3) безпосередньо пов'язані з (4) просуванням, демонстрацією або описом продуктів чи послуг, та з виконанням положень договору [163].

ЩО ТАКЕ «СПРИЯЮЧІ» ЧИ «ПРИСКОРЮЮЧІ» ПЛАТЕЖІ?

Заборона хабарництва в FCPA містить виняток для «сприяючих чи прискорюючих платежів», зроблених з метою сприяння звичайним діям державних органів чи установ [164]. Цей виняток застосовується тільки в тих випадках, коли платіж здійснюється для сприяння «звичайним діям державних органів чи установ», які включають недискреційні дії [165]. Приклади «звичайних дій державних органів чи установ» включають оформлення віз, забезпечення поліцейської охорони або поштової служби, а також надання комунальних послуг, таких як телефонний зв'язок, електро- та водопостачання. До звичайних дій державних органів чи установ не належать рішення про налагодження нового бізнесу (підписання нових контрактів) або продовження бізнесу з певною стороною [166]. Сюди також не входять дії, що знаходяться в межах особливих компетенцій чиновника або які вимагають зловживання службовим становищем [167]. Таким чином, виплата чиновнику невеликої суми за включення електроенергії на заводі може бути сприяючим платежем; виплата інспектору за ігнорування того факту, що компанія не має чинного дозволу на експлуатацію заводу, не є сприяючим платежем.

Приклади «звичайних дій державних органів чи установ»

Дія, яка виконується іноземною посадовою особою в затвердженому звичайному порядку в процесі:

- видачі дозволів, ліцензій або інших офіційних документів, що дають право особі вести бізнес у іноземній державі;
- оформлення урядових документів, таких як візи та замовлення на виконання робіт;
- забезпечення поліцейської охорони, отримання та доставка пошти, призначення перевірок, пов'язаних із виконанням контракту, або перевірок, пов'язаних із транзитом товарів через територію країни;
- забезпечення телефонного зв'язку, електро- та водопостачання, навантаження та розвантаження вантажів або захист продуктів, що швидко псуються, чи товарів від пошкодження; або
- дії аналогічного характеру.

* Прим. перекл. — платежі для спрощення формальностей.

Чи підпадає платіж під виняток, не залежить від розміру платежу, хоча розмір може бути показовим, оскільки великий платіж більше вказує на корупційний намір вплинути на нестандартну (незвичайну) дію державного органу чи установи. Але, як і положення FCPA про боротьбу з хабарництвом загалом, виняток про сприяючий платіж стосується саме цілі платежу, а не його величини. Наприклад, корпорація з Оклахоми порушила FCPA, коли її дочірня компанія заплатила митникам Аргентини близько 166 тис. \$ за митне оформлення обладнання та матеріалів, які не мали необхідних сертифікатів або не могли бути імпортовані за місцевим законодавством, а також за нижчу митну плату, ніж належить за законом. Дочірня компанія у Венесуелі також заплатила співробітникам венесуельської митниці близько 7 тис. \$ за дозвіл на ввезення та вивезення обладнання та матеріалів, що не відповідають місцевим нормам, та за те, щоб уникнути повної перевірки імпортованих товарів [168]. В іншій справі трьом дочірнім компаніям глобального постачальника продукції та послуг для буріння нафтових свердловин було пред'явлено кримінальні звинувачення у тому, що вони уповноважили свого агента зробити не менше 378 корупційних платежів (на загальну суму близько 2,1 млн. \$) посадовим особам митної служби Нігерії за надання преференцій у ході митного процесу, включаючи зниження або відміну митних платежів [169].

Зазначити хабар як «сприяючий платіж» у бухгалтерських документах компанії не означає, що він таким і є. Наприклад, швейцарська компанія з морського буріння реєструвала платежі своєму митному агенту на рахунках власної дочірньої компанії як «сприяючі платежі», незважаючи на те, що персонал компанії вважав, що ці платежі насправді були хабарями. Компанія була звинувачена у порушенні як положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, так і положень про фінансовий облік та звітність [170].

Хоча справжні сприяючі платежі не є незаконними відповідно до FCPA, вони все ж таки можуть порушувати місцеве законодавство в країнах, де працює компанія, і Робоча група ОЕСР по боротьбі з хабарництвом рекомендує всім країнам заохочувати компанії забороняти або не заохочувати сприяючі платежі, що регулярно роблять Сполучені Штати [171]. Крім того, закони інших країн про хабарництво за кордоном, наприклад Великої Британії, можуть не містити винятків для сприяючих платежів [172]. Тому фізичні та юридичні особи повинні знати, що, незважаючи на те, що відповідно до Закону про боротьбу з корупцією (FCPA) справжні сприяючі платежі є допустимими, вони все одно можуть призвести до санкцій щодо компанії чи фізичної особи. Як і будь-які інші витрати, сприяючі платежі можуть порушувати FCPA, якщо вони не відображені належним чином в фінансовій документації емітента [173].

Гіпотетична ситуація: Сприяючі платежі

Компанія А — велика мультинаціональна гірничодобувна компанія, що веде діяльність в іншій країні, де нещодавно було виявлено нове значне родовище руди. У компанії є готові покупці на нову руду, але обмежені можливості щодо її доставки на ринок. Щоб збільшити обсяг і швидкість експорту руди, Компанії А необхідно побудувати нову дорогу від свого підприємства до порту, здатну пропускати більші

за габаритами та вагою вантажівки. Компанія А наймає агента в іноземній державі для надання їй допомоги в отриманні необхідних дозволів, включаючи екологічний дозвіл, на будівництво дороги. Агент повідомляє віцепрезиденту Компанії А з міжнародних операцій, що він планує зробити одноразовий невеликий грошовий платіж клерку у відповідній державній установі, щоб забезпечити швидке оформлення та реєстрацію заяв на отримання дозволів, оскільки агент стикався з тримісячними затримками, коли він не робив такого «підмазування». Клерк не має права на свій розсуд оформляти та реєструвати заяви на отримання дозволу після сплати необхідного збору за подання заяви. Віцепрезидент санкціонує оплату.

За кілька місяців агент повідомляє віцепрезиденту, що у нього виникла проблема з отриманням необхідного екологічного дозволу. Виявилося, що заплановане будівництво дороги негативно вплине на екологічно вразливе місцеве водно-болотне угіддя, яке охороняється. Хоча проблему можна вирішити шляхом зміни маршруту, така зміна обійдеться Компанії А в 1 млн \$ і сповільнить будівництво на шість місяців. Це також збільшить час транспортування руди та скоротить кількість щомісячних відвантажень. Агент каже віцепрезиденту, що він добрий друг директора департаменту природних ресурсів іноземної держави і що треба лише заплатити директору незначну суму готівкою, і «проблема зникне». Віцепрезидент санкціонує платіж та агент його здійснює. Після отримання платежу директор видає дозвіл, і Компанія А будуватиме свою нову дорогу через заболочені землі. Чи є платіж клерку порушенням FCPA?

Ні. У цих обставинах платіж клерку кваліфікується як сприяючий платіж, оскільки це одноразовий, невеликий платіж для отримання звичайної, недискреційної державної послуги, яку Компанія А має право отримати (тобто реєстрація та подання заяви на отримання дозволу). Однак, хоча такий платіж може кваліфікуватися як виняток із положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, він може порушувати інші закони як в іноземній державі, так і в інших країнах. Крім того, якщо платіж не буде правильно зареєстрований, він може порушити положення FCPA про фінансовий облік та звітність.

Чи була виплата директору порушенням FCPA?

Так. Платіж директору Департаменту природних ресурсів був явним порушенням FCPA, оскільки він був призначений для корупційного впливу на іноземну посадову особу, щоб вона неправомірно затвердила дозвіл. Видача екологічного дозволу була дискреційною дією, і Компанія А не мала його отримувати. Компанія А, її віцепрезидент та місцевий агент можуть бути притягнуті до відповідальності за дозвіл дати хабар і, власне, давання хабаря.

ЧИ ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ FCPA ДО ВИМАГАННЯ ХАБАРЯ АБО ПРИМУСУ ДО ДАЧІ ХАБАРЯ?

Ситуації, пов'язані з вимаганням хабаря або примусом, не тягнуть за собою відповідальності за FCPA, оскільки платіж, здійснений у відповідь на справді здирницькі вимоги під безпосередньою загрозою фізичної розправи, не може вважатися зробленим з корупційним наміром або з метою налагодження або збереження бізнесу [174]. Приймаючи Закон FCPA, Конгрес визнав, що у реальному світі можуть виникнути ситуації, коли підприємство змушене заплатити поса-

довцю, щоб уникнути загрози здоров'ю та безпеці. Як пояснив Конгрес, «платіж посадовій особі, щоб уникнути підриву нафтової вишки, не повинен вважатися здійсненим з корупційними намірами» [175].

Однак економічний тиск не рівнозначний вимаганню. Як зазначив Конгрес при прийнятті FCPA: «Наголошення при захисті на тому, що хабар вимагав посадовець як ціну за вихід на ринок чи отримання контракту, не буде достатнім, оскільки в певний момент американська компанія приймає сама свідоме рішення про те, давати чи не давати хабар» [176]. Те, що факт такого платежу був «спочатку ініційований його одержувачем,... не змінює корупційної мети особи, яка дає хабар» [177].

Ця різниця між вимаганням та економічним тиском була визнана судом у справі Сполучених Штатів проти Козені. Там суд дійшов висновку, що хоча особа, яка здійснює платіж під примусом (тобто під загрозою фізичної розправи), не підлягає кримінальній відповідальності за FCPA [178], хабародавець, який стверджує, що платіж вимагався як ціна за вихід на ринок або отримання контракту, «не може стверджувати, що у нього не було наміру підкупити посадовця, оскільки він прийняв «свідоме рішення» заплатити посадовцю» [179]. Якщо в цій ситуації хабародавець «міг відвернутися і піти», то в прикладі з нафтовою вишкою — «не міг» [180].

Компанії, що працюють в умовах підвищеного ризику, можуть зіткнутися з реальними загрозами насильства або заподіяння шкоди своїм співробітникам, і платежі, здійснені у відповідь на безпосередню загрозу здоров'ю чи безпеці, не порушують FCPA [181]. У разі виникнення такої ситуації та для забезпечення безпеки своїх співробітників компанії повинні негайно звернутися за допомогою до відповідного посольства США.

ПРИНЦИПИ КОРПОРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Загальноприйняті принципи корпоративної відповідальності застосовуються до FCPA. Це означає, що компанія несе відповідальність, якщо її директори, посадові особи, співробітники або агенти, що діють в межах власних службових обов'язків і припускаються порушення норм FCPA, спрямованих, принаймні частково, на отримання вигоди для компанії [182]. Аналогічно, як і у випадку з будь-яким іншим законом, DOJ та SEC при оцінці корпоративної відповідальності спираються на принципи відповідальності материнської та дочірньої компаній та правонаступника. Як докладніше описано нижче, на відміну від більшості інших законів, DOJ запровадив політику корпоративного правозастосування FCPA, яка застосовується до корпоративних рішень в контексті FCPA.

Відповідальність материнської та дочірньої компаній

Материнська компанія може відповідати за хабарі, виплачені її дочірньою компанією, двома способами.

По-перше, материнська компанія може брати достатню участь у її діяльності, щоб нести пряму відповідальність за таку діяльність — як, наприклад, якщо

вона керувала неправомірними діями своєї дочірньої компанії або іншим чином безпосередньо брала участь у схемі дачі хабаря.

По-друге, материнська компанія може відповідати за поведінку своєї дочірньої компанії відповідно до традиційних принципів агентських відносин. Основною характеристикою агента є контроль [183]. Відповідно, DOJ та SEC оцінюють контроль материнської компанії, включаючи поінформованість материнської компанії про дії дочірньої компанії та керівництво ними, як загалом, так і в контексті конкретної угоди, при визначенні того, чи є дочірня компанія агентом материнської компанії. Хоча формальні відносини між материнською та дочірньою компаніями важливі для цього аналізу, не менш важливими є також фактичні обставини взаємодії материнської та дочірньої компанії.

Якщо існують агентські відносини та дочірня компанія діє у межах повноважень, наданих материнською компанією, то дії та умисел дочірньої компанії є підставою для звинувачень і материнської компанії [184]. Більше того, згідно з традиційними принципами відповідальності, компанія відповідає за дії своїх агентів, включаючи співробітників, скоєні у межах їхніх трудових обов'язків і спрямовані, принаймні частково, на користь компанії [185]. Таким чином, якщо між материнською та дочірньою компаніями існують агентські відносини, материнська компанія несе відповідальність за хабарництво, вчинене співробітниками дочірньої компанії. Наприклад, SEC відкрила адміністративне провадження проти материнської компанії за хабарі, виплачені президентом дочірньої компанії, що перебуває у її повній власності. У цій справі президент дочірньої компанії підпорядковувався безпосередньо генеральному директору материнської компанії - емітента, а емітент регулярно вказував президента дочірньої компанії як члена вищого керівництва у власній річній декларації SEC та річних звітах.

Крім того, юридичний відділ материнської компанії схвалив залучення стороннього агента, через якого було організовано хабарі, незважаючи на відсутність документального підтвердження due diligence та агентської угоди, що порушувало корпоративну політику. Також один із співробітників материнської компанії схвалив один із платежів сторонньому агенту [186]. За таких обставин материнська компанія була достатньо обізнаною і контролювала дії своєї дочірньої компанії, щоб нести відповідальність за FCPA.

Відповідальність правонаступника

Компанії при злитті або придбанні іншої компанії набувають цілу низку нових зобов'язань, які виникають у тому числі з договорів, деліктів, нормативних актів і законів. За загальним правилом, коли компанія зливається з іншою компанією або купує її, компанія-наступник приймає зобов'язання компанії-попередника [187]. Відповідальність правонаступника є невід'ємним компонентом корпоративного права та, крім іншого, не дозволяє компаніям уникнути відповідальності шляхом реорганізації [188]. У той же час, DOJ і SEC визнають потенційні переваги корпоративних злиттів і поглинань, особливо в тих випадках, коли компанія, що купує, має надійну комплаєнс-програму і впроваджує її в найкоротші терміни в об'єдна-

ній або придбаній компанії. Відповідальність правонаступника застосовується до всіх видів цивільної та кримінальної відповідальності [189], і порушення FCPA не є винятком. Чи застосовна відповідальність правонаступника до конкретної корпоративної угоди, залежить від фактів та застосовного законодавства - штату, федерального та іноземного. Проте відповідальність правонаступника не створює відповідальності там, де її раніше не було. Наприклад, якщо емітент придбавав іноземну компанію, на яку раніше не поширювалася юрисдикція FCPA, саме собою придбання цієї іноземної компанії не призведе до ретроспективного виникнення відповідальності за FCPA для емітента.

DOJ та SEC закликають компанії проводити due diligence перед придбанням та удосконалювати комплаєнс-програми та внутрішній контроль після придбання з цілої низки причин.

По-перше, due diligence допомагає компанії-покупцеві точно оцінити компанію, що купується. Контракти, отримані за допомогою хабарів, можуть бути юридично нездійсненні; бізнес, отриманий незаконним шляхом, може бути втрачений після припинення виплат хабарів; може виникнути відповідальність за попередню незаконну поведінку, а попередні корупційні дії можуть завдати шкоди репутації компанії-покупця та її майбутнім діловим перспективам. Виявлення цих питань до придбання дозволяє компаніям краще оцінити можливі зобов'язання після придбання та, таким чином, правильно оцінити вартість об'єкта [190]. По-друге, due diligence знижує ризик того, що придбана компанія продовжуватиме давати хабарі. Належний due diligence перед придбанням дозволяє виявити ділові та регіональні ризики, а також закласти основу для швидкої та успішної інтеграції в систему корпоративного контролю та дотримання нормативних вимог компанії-покупця після придбання. По-третє, наслідки потенційних порушень, виявлених у ході комплексної юридичної перевірки, можуть бути ефективно та системно врегульовані сторонами шляхом переговорів щодо вартості та відповідальності за розслідування та усунення наслідків порушень. Нарешті, комплексна due diligence демонструє справжню відданість виявленню та запобіганню порушенням FCPA.

DOJ та SEC визнають, що в деяких випадках проведення ретельної перевірки (due diligence) перед придбанням може виявитися неможливим. У таких випадках DOJ та SEC звертатимуть увагу на своєчасність та ретельність проведення компанією-покупцем комплексної юридичної перевірки (due diligence) відразу після придбання та на інтеграцію комплаєнс-програми.

У значній кількості випадків DOJ та SEC відмовилися вживати заходів проти компаній, які добровільно розкрили та виправили поведінку та співпрацювали з DOJ та SEC у контексті злиття та поглинання [191]. Крім того, DOJ та SEC вживали заходів проти компаній-наступників лише в обмежених обставинах, зазвичай, у випадках, пов'язаних з грубими і тривалими порушеннями, або коли компанія-наступник безпосередньо брала участь у порушеннях або не змогла зупинити продовження неправомірних дій після придбання. В одному випадку американський емітент був звинувачений у порушенні правил ведення бухгалтерського обліку та внутрішнього контролю за продовження схеми відкатів, створеної його попередником [192]. Інша недавня справа пов'язана зі злиттям двох нафтогазових компаній, де

до злиття обидві компанії-попередниці чинили порушення FCPA протягом багатьох років. Ці дві компанії, одна з яких була емітентом, а інша — колишнім емітентом, що діяла через дочірню компанію, розташовану в США, об'єдналися та утворили нову компанію, акції якої котируються на біржі. За таких обставин — злиття двох компаній, кожна з яких займалася хабарництвом — і нова компанія, і іноземні дочірні підприємства несли відповідальність за FCPA. Нова материнська компанія уклала угоду про відстрочку судового переслідування з DOJ та врегулювала цивільний позов із SEC, а американська дочірня компанія визнала свою провину [193].

Найчастіше DOJ та SEC порушують провадження проти компанії-попередника (а не компанії-покупця), особливо коли компанія-покупець виявляє та своєчасно усуває порушення або коли урядове розслідування щодо компанії-попередника передувало придбанню. В одному з таких випадків американський багатонаціональний конгломерат придбав енергетичний бізнес французької енергетичної та транспортної компанії, яка давала хабарі для отримання контрактів до придбання. У цій справі питання було вирішено шляхом визнання провини французької енергетичної та транспортної компанії та укладання угод про відстрочення судового переслідування для двох новопридбаних дочірніх компаній; стосовно компанії-покупця не було порушено справу про відповідальність правонаступника [194].

ПРАКТИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ЗНИЖЕННЯ РИЗИКУ ПОРУШЕНЬ FCPA ПРИ ЗЛИТТЯХ ТА ПОГЛИНАННЯХ

Компанії, які здійснюють злиття та поглинання, можуть зробити певні кроки для виявлення та потенційного зниження ризиків порушень FCPA:

- Запити на видачу роз'яснень щодо процедури M&A:

Одним із варіантів є запит на отримання роз'яснення DOJ напередодні потенційного придбання, як це було у випадку з Opinion Release 08-02. У цій справі були особливі обставини, а саме, вкрай обмежені можливості потенційної компанії-покупця з проведення due diligence перед придбанням, і оскільки це була видача роз'яснень (тобто надання певних гарантій DOJ щодо можливих дій), таке закінчення DOJ в обов'язковому порядку встановлювало досить жорсткі стандарти та обмежені часові рамки в обмін на конкретні гарантії з боку DOJ, які SEC за згодою також приймала на себе. Таким чином, отримання попереднього висновку-роз'яснення від DOJ може бути хорошим способом вирішення конкретних проблем, пов'язаних з due diligence. Втім, в силу характеру такого висновку, він, швидше за все, міститиме більш суворі вимоги, ніж це може бути необхідне за наявних обставин.

- Ризик-орієнтовані за FCPA процедури due diligence та розкриття інформації про злиття та поглинання:

На практиці більшість поглинань, як правило, не вимагають таких потенційних гарантій, які містяться у висновках-роз'ясненнях DOJ. DOJ та SEC рекомендують компаніям, які є учасниками злиттів і поглинань: (1) проводити ретельний due diligence з урахуванням ризиків FCPA і протидії корупції щодо потенційних нових поглинань; (2) забезпечити, щоб кодекс поведінки, комплаєнс-політики і процедури щодо FCPA та інших антикорупційних законів застосовувалися до компаній, які були при-

єднані чи поглинуті, якомога швидше, наскільки це практично можливо; (3) провести навчання директорів, посадових осіб і співробітників придбаних чи поглинутих підприємств, а також, за необхідності, агентів і бізнес-партнерів по антикорупційній політиці, FCPA, кодексу поведінки та комплаєнс-політиках та процедурах; (4) якнайшвидше провести аудит всіх новопридбаних чи поглинутих підприємств на предмет відповідних вимог FCPA; і (5) розкрити інформацію про будь-які корупційні платежі, виявлені в процесі комплексної перевірки (due diligence) придбаних або поглинутих компаній. DOJ та SEC будуть виявляти значну довіру до компаній, які впроваджують такі заходи, і, за відповідних обставин, DOJ та SEC можуть в подальшому відмовитись від порушень виконавчих проваджень проти таких компаній.

В іншому випадку, щодо емітента з Пенсільванії, що постачає продукцію та послуги з опалення та кондиціювання повітря, на момент його придбання велося розслідування DOJ та SEC. DOJ та SEC порушили провадження тільки щодо компанії-попередника, яка на той час стала стовідсотковою дочірньою компанією компанії-наступника [195].

В іншому прикладі, коли американська компанія, розташована у Флориді, в ході комплексної перевірки (due diligence) після придбання виявила, що придбана нею телекомунікаційна компанія (внутрішній суб'єкт господарювання) займалася хабарництвом за кордоном, компанія-наступник повідомила DOJ про порушення FCPA. Потім вона провела внутрішнє розслідування, повністю співпрацювала з DOJ та вжила відповідних заходів щодо виправлення ситуації, включаючи звільнення вищого керівництва придбаної компанії. Щодо компанії-наступника не було вжито жодних дій, але компанія-попередник визнала себе винною за одним пунктом у порушенні FCPA і погодилася виплатити штраф у розмірі 2 млн \$ [196]. Пізніше чотирьох керівників придбаної компанії було засуджено за порушення FCPA, троє з яких були ув'язнені [197].

У деяких випадках, коли щодо компанії-попередника було порушено виконавче провадження, компанія-наступник прагне отримати гарантії того, що у майбутньому щодо неї не буде відкрито провадження. В одному з таких випадків нідерландський попередник врегулював з DOJ звинувачення за FCPA шляхом укладання угоди про відстрочення судового переслідування [198]. Попередник і наступник підписали угоду, яка включала зобов'язання про постійну співпрацю та покращення комплаєнс-програми, звинувачення були пред'явлені лише компанії-попереднику. Підписавши угоду, компанія-наступник отримала впевненість в умовному звільненні від кримінальної відповідальності, незважаючи на те, що її не переслідували за порушення FCPA [199]. В іншому випадку, після того, як компанія зі штату Коннектикут виявила порушення FCPA каліфорнійською компанією, яку вона хотіла придбати, обидві компанії добровільно розкрили інформацію про ці порушення у DOJ та SEC [200]. Компанія-попередник врегулювала свою кримінальну відповідальність шляхом укладання угоди з DOJ про звільнення від судового переслідування, яка включала грошовий штраф у розмірі 800 тис. \$, а також уклала угоду з SEC, виплативши загалом 1,1 млн \$ у вигляді компенсації до винесення судового рішення та цивільних штрафів. Компанія-наступник продовжила придбання та окремо уклала з DOJ угоду про звільнення від судового переслідування,

в якій, крім іншого, погодилася забезпечити повне виконання угоди про звільнення від кримінального переслідування компанії-попередника. Ця угода забезпечила правонаступнику визначеність щодо його відповідальності за FCPA [201].

Важливо відзначити, що добровільне розкриття інформації компанією-наступником, проведення належної due diligence та впровадження ефективної комплаєнс-програми може знизити ймовірність порушення провадження щодо поведінки придбаної компанії після поглинання, коли проведення due diligence до поглинання неможливе [202]. Насправді, згідно з корпоративною правозастосовною політикою DOJ щодо FCPA у відповідних випадках компанія-покупець, яка добровільно розкрила неправомірні дії, може отримати право на відмову від кримінального переслідування, навіть якщо щодо придбаної/поглинутої компанії існували обтяжливі обставини.

Гіпотетична ситуація: відповідальність правонаступника, коли придбана компанія раніше не підпадала під дію FCPA

Компанія А є корпорацією штату Делавер із головним офісом у США, акції якої котируються на національній американській біржі. Компанія А розглядає можливість придбання іноземної компанії, яка не є емітентом чи вітчизняним концерном. Іноземна компанія не робить жодних дій на території США, які могли б зробити її суб'єктом територіальної юрисдикції. Заплановане поглинання робить іноземну компанію дочірньою Компанії А.

СЦЕНАРІЙ 1:

Перед придбанням іноземної компанії Компанія А проводить розширену процедуру due diligence іноземної компанії, включаючи: (1) залучення юридичного, бухгалтерського та комплаєнс-відділів для перевірки продажів та фінансових даних іноземної компанії, договорів з клієнтами, а також договорів з третіми сторонами та дистриб'юторами; (2) проведення аналізу клієнтської бази іноземної компанії на основі оцінки ризиків; (3) проведення аудиту окремих угод, вчинених іноземною компанією; та (4) обговорення з головним юристом, віцепрезидентом з продажу та керівником служби внутрішнього аудиту іноземної компанії всіх корупційних ризиків, зусиль щодо забезпечення компленсу та будь-яких інших питань, пов'язаних з корупцією, які були виявлені в іноземній компанії за останні десять років. Метою даної комплексної перевірки (due diligence) є визначення того, чи іноземна компанія має відповідні антикорупційну політику та комплаєнс-політику, чи проходили співробітники іноземної компанії належне навчання щодо цих політик, як іноземна компанія забезпечує дотримання цих політик та які заходи щодо виправлення ситуації приймаються у разі порушення політик.

У ході комплексної перевірки Компанія А дізнається, що іноземна компанія здійснила кілька потенційно неправомірних платежів у вигляді завищеної комісії сторонньому агенту у зв'язку із державним контрактом із іноземною державою. Відразу після придбання Компанія А розкриває інформацію про ці дії DOJ і SEC, усуває від роботи та звільняє співробітників та стороннього агента, відповідальних за виплати, і переконується, що незаконні виплати припинені. Вона також швидко інтегрує іноземну компанію в систему надійного внутрішнього контролю Компанії

А, включаючи політику боротьби з корупцією та комплаєнс-політику, яку вона доводить до відома своїх нових співробітників за допомогою обов'язкового онлайн та очного навчання місцевою мовою. Компанія А також вимагає від сторонніх дистриб'юторів та інших агентів іноземної компанії підписати сертифікати по боротьбі з корупцією, пройти навчання та підписати нові контракти, що включають анти-корупційні положення та положення щодо дотримання FCPA, а також гарантії та права на проведення аудиту.

Чи можуть DOJ або SEC, виходячи з цих фактів, переслідувати Компанію А?

Ні. Хоча DOJ і SEC мають юрисдикцію щодо Компанії А, оскільки вона є емітентом, жоден з них не може переслідувати Компанію А за поведінку, яка мала місце до придбання нею іноземної компанії. Оскільки іноземна компанія не була ні емітентом, ні внутрішнім суб'єктом і не підпадала під територіальну юрисдикцію США, DOJ та SEC не мають юрисдикції щодо її провин, скоєних до придбання. Придбання компанії не створює юрисдикції там, де її раніше не було.

Важливо відзначити, що розширена due diligence Компанії А перед придбанням дозволила їй виявити та зупинити корупцію. Оскільки після придбання не було продовження неправомірних дій, провадження за FCPA не було порушено.

СЦЕНАРІЙ 2:

Компанія А проводить лише мінімальну та умовну due diligence перед придбанням. Вона не проводить аналіз ризиків, а аналіз даних, контрактів, угод із третіми сторонами та дистриб'юторами іноземної компанії є поверхневим. Компанія А купує іноземну компанію та перетворює її на дочірню компанію, що перебуває у повній власності. Хоча Компанія А розповсюджує свою комплаєнс-політику серед усіх нових співробітників після придбання, вона не перекладає її на місцеву мову та не навчає своїх нових співробітників чи агентів третіх сторін антикорупційним питанням.

Через кілька місяців після придбання співробітник міжнародного відділу продажу Компанії А (співробітник відділу продажу) дізнається від колишнього співробітника Іноземної компанії, що протягом багатьох років державний контракт, який приносив більшу частину доходів Іноземної компанії, залежав від завищених комісійних, які виплачувалися сторонньому агенту, «щоб зробити потрібну людину щасливою в Іноземному державному агентстві». Співробітнику відділу продажу сказали, що якщо виплати не будуть продовжуватися, то бізнес, швидше за все, буде втрачено, що означатиме, що нове придбання Компанії А швидко стане фінансовим крахом. Виплати продовжуються протягом двох років після придбання. Після того, як інший співробітник Компанії А повідомляє про багаторічну схему хабарів директору Іноземного державного агентства, Компанія А припиняє виплати, а DOJ та SEC проводять розслідування.

На підставі цих фактів, чи можуть DOJ або SEC пред'явити звинувачення Компанії А?

Так. DOJ і SEC переслідували компанії, подібні до Компанії А, в аналогічних обставинах. Однак, будь-які звинувачення будуть ґрунтуватися не на відповідальності правонаступника, а, скоріше, на виплатах хабарів Компанією А після поглинання іноземної компанії, які самі по собі створили кримінальну та цивільну відповідальність для Компанії А.

СЦЕНАРІЙ 3:

Відповідно до місцевого законодавства Компанія А має обмежені можливості щодо проведення due diligence іноземної компанії перед придбанням. У ході due diligence Компанія А визначає, що іноземна компанія веде бізнес у країнах з високим рівнем ризику та у галузях з високим рівнем ризику, але не виявляє жодних «тривожних сигналів», характерних для діяльності іноземної компанії. Після поглинання Компанія А проводить розширену due diligence та виявляє, що Іноземна компанія давала хабарі посадовим особам Іноземної державної агенції. Компанія А вживає оперативних заходів щодо усунення проблеми, включаючи заходи, викладені у Релізі (Opinion Procedure Release) № 08-02. Серед інших дій, вона добровільно розкриває інформацію про неправомірні дії DOJ та SEC, забезпечує негайне припинення всіх хабарів, вживає заходів щодо виправлення ситуації щодо всіх сторін, причетних до корупції, та швидко інтегрує іноземну компанію у надійну комплаєнс-програму та інші системи внутрішнього контролю Компанії А.

Грунтуючись на цих фактах, чи буде DOJ чи SEC переслідувати Компанію А?

DOJ і SEC відмовилися переслідувати компанії, подібні до Компанії А, в аналогічних обставинах. Якщо адекватна due diligence перед придбанням неможлива, компанії можуть слідувати заходам, які викладені в Opinion Procedure Release No. 08-02, або звернутися за індивідуальним роз'ясненням.

**Гіпотетична ситуація: відповідальність правонаступника,
коли придбана компанія вже підпадає під дію FCPA**

Компанії А та Б є корпораціями штату Делавер з головним офісом у США. Акції обох компаній котируються на національній американській біржі.

СЦЕНАРІЙ 1:

Компанія А розглядає можливість придбання кількох напрямків діяльності Компанії Б. Перед придбанням Компанія А проводить due diligence, а саме: (1) доручає своїм юридичному, бухгалтерському та комплаєнс-відділам вивчити інформацію про продажі та фінанси Компанії Б, її контракти з клієнтами, а також угоди з третіми сторонами та дистриб'юторами; (2) проводить аналіз клієнтської бази Компанії Б на основі оцінки ризиків; (3) проводить аудит окремих угод Компанії Б; та (4) обговорює з головним юристом Компанії Б, віцепрезидентом з продажу та керівником відділу внутрішнього аудиту всі корупційні ризики, зусилля щодо забезпечення комплаєнсу та будь-яких інших великих питань, пов'язаних з корупцією, що мали місце у Компанії Б за останні десять років. Метою цієї комплексної перевірки (due diligence) є визначення того, чи є у Компанії Б відповідні антикорупційні та комплаєнс-політики, чи пройшли співробітники Компанії Б належне навчання щодо цих політик, як Компанія Б забезпечує дотримання цих політик та які заходи щодо виправлення ситуації вживаються у разі порушення політик. Під час проведення due diligence Компанія А дізнається, що Компанія Б зробила кілька потенційно неналежних платежів у зв'язку з державним контрактом із іноземною державою. Компанія А вимагає (і ставить це умовою придбання), щоб Компанія Б розкрила уряду інформацію про неправомірні дії. Компанія А переконується, що незаконні платежі припинені, та швидко інтегрує напрямки діяльності Компанії Б у систему надійного внутрішнього контролю Компанії А, включаючи політику боротьби з корупцією та комплаєнс, положення яких

вона доводить до відома своїх нових співробітників за допомогою обов'язкового онлайн та очного навчання місцевою мовою. Компанія А також вимагає від сторонніх дистриб'юторів та інших агентів компанії Б підписати антикорупційні сертифікати (зобов'язання дотримання положень антикорупційної політики компанії), пройти навчання та підписати нові контракти, що включають положення та зобов'язання з FCPA та антикорупційної діяльності, а також право на аудит.

Грунтуючись на цих фактах, чи будуть DOJ чи SEC притягувати до відповідальності компанії?

DOJ і SEC відмовилися від переслідування компаній, подібних до Компанії А, в аналогічних обставинах. DOJ та SEC заохочують такі компанії, як Компанія А, до проведення розширеної due diligence щодо FCPA. Виявивши корупцію, Компанія А поставила себе у вигідне становище, і оскільки корупційні платежі припинилися, Компанія А не несе подальшої відповідальності. Чи можуть DOJ та SEC пред'явити звинувачення Компанії Б, залежить від фактів та обставин, що виходять за рамки цієї гіпотетичної ситуації. DOJ братиме до уваги свої Принципи федерального переслідування комерційних організацій, а SEC — фактори, що містяться у звіті Seaboard Report, обидва з яких обговорюються в розділі 5. Загалом, чим більш кричущою та довгостроковою є корупція, тим більше ймовірно, що DOJ та SEC будуть переслідувати Компанію Б. У практиці, що склалася, за деяких обставин DOJ та SEC відмовлялися висувати звинувачення проти придбаних компаній, визнаючи, що компанії-покупці можуть зазнавати значних репутаційних втрат, пов'язаних з такими звинуваченнями.

СЦЕНАРІЙ 2:

Компанія А планує придбати Компанію Б. Хоча, як і в Сценарії 1, Компанія А проводить ретельну перевірку (due diligence), вона виявляє факт хабарництва лише після придбання. Тоді Компанія А вживає заходи щодо припинення незаконних платежів та добровільно розкриває інформацію про порушення DOJ та SEC. Вона швидко інтегрує Компанію Б у систему надійного внутрішнього контролю Компанії А, включаючи антикорупційну та комплаєнс-політику, яку вона доводить до відома своїх нових співробітників за допомогою обов'язкового онлайн та очного навчання місцевою мовою. Компанія А також вимагає, щоб сторонні дистриб'ютори та інші агенти компанії Б підписали антикорупційні сертифікати (зобов'язання дотримання положень антикорупційної політики компанії), пройшли навчання та підписали нові контракти, що включають положення та зобов'язання з FCPA та антикорупційної діяльності, а також права на аудит.

На підставі цих фактів, чи будуть DOJ і SEC притягувати до відповідальності компанію?

За відсутності незвичайних обставин, не передбачених цією гіпотетичною ситуацією, DOJ і SEC навряд чи переслідуватимуть Компанію А за неправомірні дії Компанії Б до придбання, за умови, що Компанія Б все ще існує у формі, яка дозволяє переслідувати її окремо (наприклад, Компанія Б є дочірньою компанією Компанії А). DOJ і SEC розуміють, що жодна due diligence не є досконалою, і що суспільство виграє, коли компанії з сильними комплаєнс-програмами поглинають і покращують компанії зі слабкими програмами. Водночас, ані відповідальність за корупцію, ані заподіяна нею шкода не усуваються при придбанні однією компанією іншої. Чи будуть DOJ і SEC порушувати справу проти Компанії Б (або, в незвичайних обставинах, проти Компанії А), залежатиме від розгляду всіх факторів, наведених у Принципах федерального судового переслідування комерційних організацій та Seaboard Report відповідно.

СЦЕНАРІЙ 3:

Компанія А зливається з Компанією Б, яка займається тим самим видом діяльності та взаємодіє з тими самими клієнтами з іноземних держав, і утворює Компанію С. У ході комплексної перевірки (due diligence) перед злиттям з'ясовується, що і компанія А, і компанія Б займалися аналогічним хабарництвом. В обох випадках хабарництво було масштабним і про це було відомо високопоставленому керівництву компаній.

Грунтуючись на цих фактах, чи будуть DOJ та SEC притягувати до відповідальності компанію С?

Так. DOJ та SEC переслідували такі компанії, як Компанія С, на підставі принципу відповідальності правонаступника. Компанія С є об'єднанням двох компаній, які порушили FCPA, та їх злиття не знімає з них відповідальності. Крім того, оскільки Компанія С — це продовження попередніх компаній, DOJ і SEC можуть встановити спостереження, щоб переконатися, що хабарництво припинилося, і була розроблена комплаєнс-програма для запобігання порушенням у майбутньому.

**ДОДАТКОВІ ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ПОРУШЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА:
ПОСОБНИЦТВО, ПІДБУРЮВАННЯ І ЗМОВА**

Відповідно до федерального законодавства фізичні особи або компанії, які підсобляють чи підбурюють до скоєння злочину, включаючи порушення FCPA, винні так само, якби вони самі безпосередньо вчинили злочин. Закон про пособництво та підбурювання передбачає, що будь-хто, хто «вчиняє злочин проти Сполучених Штатів або підсобляє, підбурює, радить, наказує, спонукає або забезпечує його вчинення» або «навмисно змушує вчинити дію, яка при безпосередньому вчиненні ним або іншою особою була б злочином проти Сполучених Штатів», підлягає покаранню як головний виконавець. Пособництво та підбурювання не є самостійним злочином, а уряд повинен довести, що було скоєно основне порушення FCPA [204].

Згідно зі звичайними принципами відповідальності за змову, фізичні особи та компанії, включаючи іноземних громадян та компанії, також можуть відповідати за змову з метою порушення FCPA — тобто за згоду вчинити порушення FCPA — навіть, якщо вони не звинувачуються або не можуть бути незалежно звинувачені у суттєвому порушенні FCPA. Наприклад, іноземна компанія, яка не є емітентом, може бути визнана винною у змові з внутрішнім суб'єктом з метою порушення FCPA. За певних обставин вона також може бути визнана відповідальною за суттєві порушення FCPA внутрішнім суб'єктом відповідно до справи «Пінкертон проти Сполучених Штатів», яка накладає відповідальність на відповідача за розумно передбачувані злочини, вчинені співучасником задля виконання змови, до якої приєднався відповідач [205].

Іноземна компанія або фізична особа можуть бути визнані винними у пособництві та підбурюванні до порушення FCPA або у змові з метою порушення FCPA, навіть якщо іноземна компанія або фізична особа не робили жодних дій, спрямованих на отримання корупційного платежу, перебуваючи на території

США. У випадках змови юрисдикція Сполучених Штатів зазвичай поширюється на усіх учасників змови, якщо хоча б один учасник змови є емітентом, національною компанією або здійснює досить передбачувану протиправну дію на території Сполучених Штатів [206]. Наприклад, якщо іноземна компанія або фізична особа вступає в змову з метою порушення FCPA з кимось, хто здійснює протиправну дію на території США, Сполучені Штати можуть переслідувати іноземну компанію або фізичну особу за змову. Той самий принцип застосовний до пособництва та підбурювання до правопорушень. Наприклад, незважаючи на те, що вони не робили жодних дій у США, японські та європейські компанії були звинувачені у змові та пособництві у порушенні FCPA внутрішнім суб'єктом господарювання [207].

Проте, у справі «Сполучені Штати проти Хоскінса» (United States v. Hoskins) Другий округ розглянув питання про те, чи можуть особи, на яких безпосередньо не розповсюджуються положення FCPA про боротьбу з хабарництвом, бути винними у змові з метою порушення чи пособництві та підбурюванні до порушення положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, і дійшов висновку, що не можуть [208]. Тому, принаймні, у Другому окрузі, особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності за змову з метою порушення антикорупційних положень FCPA або за пособництво чи підбурювання до порушення антикорупційних положень FCPA тільки в тому випадку, якщо поведінка та роль цієї особи підпадають під одну з конкретно перерахованих категорій, прямо зазначених в антикорупційних положеннях FCPA.

Принаймні один окружний суд іншого округу відкинув аргументацію рішення у справі Хоскінса і дійшов висновку, що відповідачі можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за змову з метою порушення положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, а також за пособництво та підбурювання до порушення, навіть якщо вони не «належать до категорії осіб, здатних вчинити значне порушення FCPA».

ДОДАТКОВІ ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПОСОБНИЦТВО, ПІДБУРЮВАННЯ ТА ПРОВОКУВАННЯ

Як компанії, так і фізичні особи можуть бути притягнуті до цивільної відповідальності за пособництво та підбурювання до порушень FCPA, якщо вони свідомо чи з необережності надають істотну допомогу порушнику [210]. Аналогічно, у контексті адміністративного розгляду компанії та фізичні особи можуть бути притягнуті до відповідальності за провокування порушень FCPA [211]. Ця відповідальність поширюється на дочірні компанії та агентів американських емітентів.

В одній справі американська філія швейцарської експедиторської компанії була притягнута до цивільної відповідальності за дачу хабарів від імені своїх клієнтів у кількох країнах [212]. Хоча американська дочірня компанія не була емітентом у контексті FCPA, вона була «агентом» кількох американських емітентів. Виплачуючи хабарі від імені своїх клієнтів-емітентів, дочірня компанія як безпосередньо порушувала FCPA, так і виступала пособником і підбурювала до порушень FCPA емітентів.

ЩО ТАКЕ ЗАСТОСОВНИЙ СТРОК ДАВНОСТІ?

Строк позовної давності у кримінальних справах

Положення FCPA про боротьбу з хабарництвом, а також фінансовий облік і звітність не встановлюють особливого строку давності для кримінальних дій. Відповідно застосовуються загальні строки давності. Щодо суттєвих порушень положень FCPA про боротьбу з хабарництвом застосовується п'ятирічний строк давності, встановлений у 18 U.S.C. § 3282 [213]. Для порушень положень FCPA про фінансовий облік та звітність, які визначаються як «злочини, пов'язані з шахрайством з цінними паперами» згідно з 18 U.S.C. § 3301, строк давності становить шість років [214].

У справах, пов'язаних зі змовами щодо FCPA, уряд може притягнути до відповідальності за дії, вчинені раніше закінчення загального строку давності, застосовуваного до змов відповідно до 18 U.S.C. § 371. У разі злочинів, пов'язаних зі змовою, уряду, як правило, необхідно довести тільки те, що одна дія (один вчинок), спрямований на вчинення змови, відбулася протягом строку давності, що дозволяє уряду переслідувати в судовому порядку сплачені хабарі або порушення положень фінансової звітності та обліку, що сталися раніше, ніж за п'ять чи шість років відповідно до пред'явлення офіційних звинувачень [215].

Існує щонайменше два способи продовження строку давності. По-перше, компанії або фізичні особи, які співпрацюють із DOJ, можуть укласти угоду про відстрочку, яка добровільно продовжує строк давності для притягнення до відповідальності. Компанії та приватні особи можуть піти на це, щоб отримати додатковий час для проведення власного розслідування, а також для того, щоб мати можливість зустрітися з представниками уряду для обговорення справи та спробувати досягти рішення шляхом переговорів. По-друге, згідно з главою 18 U.S.C § 3292, уряд може вимагати судової постанови про призупинення строку давності у кримінальній справі на строк до трьох років для отримання доказів з іноземних держав. Як правило, період призупинення починається з моменту подання офіційного запиту урядом США в іноземний орган і закінчується не раніше дати прийняття іноземним органом останніх дій по запиту або через три роки [216].

Строк позовної давності у цивільних позовах

У цивільних справах, порушених SEC, строк давності встановлено у 28 U.S.C. §2462, що передбачає п'ятирічний строк давності на будь-який «позов або провадження щодо примусового стягнення будь-якого цивільного штрафу, пені або конфіскації». П'ятирічний строк починає відраховуватись «з моменту виникнення позовної вимоги». П'ятирічний строк позовної давності застосовується до позовів SEC про стягнення цивільних штрафів, але він не перешкоджає SEC домагатися справедливих засобів правового захисту, таких як судова заборона, за дії, вчинені до настання п'ятирічного строку. У справі *Kokesh v. SEC* Верховний суд ухвалив, що,

оскільки повернення незаконно привласненого майна являє собою «пеню», на нього поширюється п'ятирічний строк давності, передбачений у 28 U.S.C. § 2462 [217].

У справах проти фізичних осіб, які не є резидентами США, строк позовної давності продовжується на будь-який період, коли відповідачі не «перебувають на території США для того, щоб можна було належним чином вручити їм позов» [218]. Крім того, компанії або приватні особи можуть укладати толінгові угоди, що добровільно продовжує строк позовної давності.

Частина 3

FCPA: ПОЛОЖЕННЯ ПРО ОБЛІК

На додаток до положень про боротьбу з хабарництвом FCPA містить положення про облік, яке застосовується до публічних компаній. Положення FCPA щодо обліку діють у тандемі з положеннями про боротьбу з хабарництвом [219] та забороняють ведення обліку без відображення у бухгалтерських документах. Керівництво компанії та інвестори покладаються на фінансову звітність та внутрішній контроль бухгалтерського обліку компанії для забезпечення прозорості фінансового стану бізнесу, прийнятих ризиків та операцій між компанією та її клієнтами і діловими партнерами. Положення про фінансовий облік покликані «зміцнити точність корпоративної документації та надійність процесу аудиту, що є основою нашої системи розкриття корпоративної інформації» [220].

Положення про облік складаються із двох основних компонентів. По-перше, відповідно до положення про «бухгалтерський облік та звітність», емітенти повинні складати та вести бухгалтерські документи, записи та рахунки, які в розумних деталях точно та достовірно відображають транзакції емітента та операції з розпорядження активами емітента [221]. По-друге, згідно з положенням про «внутрішній контроль», емітенти повинні розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку, достатню для забезпечення контролю, повноважень та відповідальності керівництва щодо активів компанії. Ці компоненти та інші аспекти положень про облік докладніше розглядаються далі.

Хоч й положення про облік спочатку були прийняті як частина FCPA, вони застосовуються не тільки до порушень, пов'язаних із хабарництвом. Швидше, положення про облік вимагають, щоб усі публічні компанії точно і в розумних деталях звітували про всі свої активи та зобов'язання, і вони становлять основу більшості справ про шахрайство у бухгалтерському обліку та розкритті інформації емітентами, порушеними DOJ та SEC [223].

У минулому «корпоративне хабарництво приховувалося шляхом фальсифікації корпоративних фінансових документів та записів», а положення про фінансовий облік та звітність «усувають цей спосіб[] приховування».

Доповідь Сенату №. 95-114, в 3 (1977)

ЩО ПОПАДАЄ ПІД ДІЮ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ОБЛІК?

Положення про бухгалтерські документи

Хабарі, як іноземні, так і внутрішні, часто неправильно відображаються в бухгалтерських документах компаній. Розділ 13(b)(2)(A) Закону про біржі (15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A)), який зазвичай називають положеннями про «бухгалтерські документи та записи», вимагає від емітентів «складати та вести документи, записи та рахунки так, щоб вони достатньо детально відображали операції та рух активів емітента» [224]. Застереження «достатньо детально» було прийнято Конгресом «у світлі побоювань, що такий стандарт без уточнення міг би розумітися як нерепетувальна ступінь точності і акуратності» [225]. Додавання цієї фрази було покликано прояснити, «що записи емітента повинні відображати операції відповідно до прийнятих методів запису економічних подій та ефективно запобігати створенню фондів для підкупів впливових осіб та виплати хабарів» [226].

Термін «достатня деталізація» визначено в законі як рівень деталізації, який «задовольнив би обачних посадових осіб у веденні їх власних справ» [227]. Таким чином, як зазначив Конгрес, ухвалюючи це визначення, «[к]онцепція розумної необхідності передбачає зважування низки відповідних факторів, включаючи витрати на дотримання вимог» [228].

Незважаючи на те, що сам стандарт і є частиною розумної деталізації, ніколи не треба неправильно відображати транзакції в бухгалтерських документах компанії [229]. Хабарі часто приховуються під виглядом законних платежів, таких як комісійні чи виплати консультантам.

У випадках, коли всі елементи порушення положень про боротьбу з хабарництвом не дотримані — наприклад, коли не здійснювалася транскордонна торгівля — компанії, проте, можуть нести відповідальність, якщо неналежні платежі були зареєстровані неточно. Відповідно до підходу FCPA до заборони платежів будь-якої вартості, що здійснюються з корупційною метою, у положенні про облік немає порога суттєвості. У поєднанні з положенням про внутрішній контроль вимога до емітентів вести документацію так, щоб вона точно і достовірно відображала операції компанії, «гарантує, крім усього іншого, що активи емітента використовуються для належних корпоративних цілей» [230]. Як і у випадку з положеннями про боротьбу з хабарництвом, застосування DOJ та SEC положень про облік та звітність зазвичай пов'язане з спотворенням інформації або про великі виплати хабарів, або про широко поширені неточні записи дрібніших виплат, зроблених у рамках систематичної схеми хабарництва, і як DOJ, так і SEC при прийнятті рішення про порушення виконавчого провадження враховують характер та серйозність поведінки.

Хабарі в документах визначалися як:

- Комісійні або роялті
- Гонорари за консультації
- Витрати на продаж та маркетинг
- Наукові премії чи дослідження

- Витрати на поїздки та розваги
- Повернення або знижки
- Плата за обслуговування після продажу
- Різні витрати
- Зняття дрібних грошей
- Безкоштовні товари
- Внутрішньофірмові рахунки
- Платежі постачальникам/продавцям
- Списання
- Платежі за «втручання в митне оформлення»

Положення про внутрішній контроль (бухгалтерського) обліку

Виплата хабарів часто відбувається у компаніях із слабкою системою внутрішнього контролю бухгалтерського обліку. Внутрішній контроль над фінансовою звітністю — це процеси, що використовуються компаніями для забезпечення розумних гарантій надійності фінансової звітності та підготовки фінансових звітів. Вони включають різні компоненти, такі як: контрольне середовище, яке охоплює тон, що задається організацією щодо чесності та етики; оцінка ризиків; контрольна діяльність, що охоплює політику та процедури, розроблені для забезпечення виконання вказівок керівництва (наприклад, затвердження, дозволи, звірки та поділ обов'язків); інформація та комунікації; моніторинг. Глава 13(b)(2)(B) Закону про біржі (15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B)), який, зазвичай, називають положенням про «внутрішній контроль», вимагає від емітентів:

розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку, достатню для забезпечення розумних гарантій того, що —

- (I) операції здійснюються відповідно до загального або спеціального дозволу керівництва;
- (II) операції реєструються належним чином (I) для підготовки фінансової звітності відповідно до загальноприйнятих принципів бухгалтерського обліку або будь-яких інших критеріїв, що застосовуються до такої звітності, та (II) для забезпечення відповідальності за активи;
- (III) доступ до активів дозволено лише відповідно до загального або спеціального дозволу керівництва; і
- (IV) через розумні проміжки часу облікові дані про активи порівнюються з наявними активами, а щодо будь-яких розбіжностей вживаються відповідні заходи... [231]

Як і вимога «розумної деталізації» у положенні про бухгалтерський облік, Закон визначає «розумні гарантії» як «такий рівень деталізації та ступінь впевненості, який задовольнив би обачних посадових осіб під час ведення їх власних справ» [232].

Закон не визначає конкретний набір засобів контролю, які компанії повинні впровадити. Навпаки, положення про внутрішній контроль бухгалтерського об-

ліку надає компаніям гнучкість у розробці та підтримці системи контролю, що відповідає їх конкретним потребам та обставинам.

Хоча внутрішній контроль бухгалтерського обліку компанії не є синонімом комплаєнс-програми компанії, ефективна комплаєнс-програма містить низку компонентів, які можуть перетинатися з найважливішим компонентом внутрішнього контролю бухгалтерського обліку емітента. По суті, при розробці системи внутрішнього контролю компанії повинні враховувати операційні реалії та ризики, пов'язані з діяльністю компанії, такі як: характер її продукції або послуг; спосіб доставки продукції чи послуг на ринок; характер її робочої сили; ступінь регулювання; ступінь взаємодії із державними органами; ступінь, у якому компанія здійснює свою діяльність у країнах із високим ризиком корупції. Так само, як внутрішній контроль бухгалтерського обліку компанії розробляється з урахуванням її діяльності, її комплаєнс-програма повинна відповідати ризикам, характерним для її діяльності. Підприємства, діяльність яких схильна до високого ризику корупції, обов'язково розроблять і використовуватимуть інші програми комплаєнс, ніж підприємства, менш схильні до корупції, так само, як компанія, що надає фінансові послуги, повинна розробляти та використовувати інші механізми внутрішнього контролю бухгалтерського обліку, ніж виробник.

Компанії з неефективним внутрішнім контролем часто стикаються з ризиками розтрат і корисливих угод з боку співробітників, комерційного підкупу, проблем з експортним контролем та порушень інших американських та місцевих законів.

Справа 2008 року проти німецького виробника промислових та споживчих товарів ілюструє системну проблему внутрішнього контролю, пов'язану з хабарництвом, яке було безпрецедентним за масштабами та географічним охопленням.

З 2001 по 2007 роки компанія створювала ретельно продумані схеми платежів, включаючи фонди для підкупу впливових осіб, незареєстровані рахунки та систематичні виплати бізнес-консультантам та іншим посередникам для сприяння хабарництву. Платежі здійснювалися таким чином, щоб приховати їх призначення та кінцевих одержувачів грошей. У деяких випадках працівники отримували великі суми готівки з кас, а потім перевозили їх у валізах через міжнародні кордони. Дозволи на деякі платежі були написані на «стікерах», а потім знищені, щоб уникнути будь-яких записів, що можуть бути доказами. Компанія здійснила платежі на загальну суму близько 1,36 млрд \$ через різні механізми, включаючи 805,5 млн \$ як хабарі і 554,5 млн \$ на невідомі цілі. Компанії було пред'явлено звинувачення у порушенні правил внутрішнього контролю та бухгалтерського обліку, а також у порушенні антикорупційного законодавства, і вона виплатила понад 1,6 млрд \$ для врегулювання справи з владою США та Німеччини [234].

Типи порушень внутрішнього контролю, виявлені у наведеному вище прикладі, мали місце також у багатьох інших випадках, коли компанії звинувачувалися у порушеннях внутрішнього контролю [235]. Справа 2010 проти багатонаціонального виробника автомобілів стосувалася хабарництва, яке відбувалося протягом тривалого періоду часу в декількох країнах [236]. У цій справі компанія використала

десятки бухгалтерських рахунків, відомих як «внутрішні рахунки третіх осіб» для підтримки кредитних залишків на користь державних службовців [237]. Рахунки поповнювалися за допомогою декількох фіктивних механізмів ціноутворення, таких як «надбавки до ціни», «включення в ціну» або надмірні комісійні [238]. Компанія також використовувала штучні знижки або знижки за контрактами на продаж, щоб отримати гроші для виплати хабарів [239]. Хабарі також давалися через підставних торгових посередників та корумпованих ділових партнерів, а також за допомогою операційних кас [240]. Керівники відділу продажу отримували від компанії готівку у розмірі сотень тисяч доларів, що дозволяло компанії приховувати цілі та кінцевих одержувачів грошей, які виплачувалися державним службовцям [241]. Окрім звинувачень у хабарництві, компанії було пред'явлено звинувачення у порушеннях внутрішнього контролю та ведення бухгалтерського обліку.

Хороший внутрішній контроль бухгалтерського обліку може запобігти не тільки порушенням FCPA, але й іншим незаконним або неетичним діям компанії, її дочірніх підприємств і співробітників. DOJ та SEC неодноразово порушували справи щодо FCPA, які також були пов'язані з іншими видами неправомірних дій, такими як: фінансове шахрайство [242], комерційний підкуп [243], порушення експортного контролю [244], а також розкрадання чи корисливі дії працівників компанії [245].

Потенційні порушення положень щодо звітності та боротьби з шахрайством

Емітенти зобов'язані подавати звіти відповідно до Глави 13(a) Закону про біржі, яка вимагає від емітентів подавати щорічний звіт, що містить повну інформацію про емітента. Нездатність належним чином розкрити суттєву інформацію про діяльність емітента, включаючи суттєві доходи, витрати, прибуток, активи або зобов'язання, пов'язані з підкупом посадових осіб іноземних урядів, може призвести до порушень у сфері боротьби з шахрайством та звітності відповідно до Глав 10(b) та 13(a) Закону про біржі.

Наприклад, технологічна компанія з Каліфорнії була звинувачена у порушенні правил звітності на додаток до порушень положень FCPA про боротьбу з хабарництвом та фінансового обліку і звітності, коли її схема хабарництва призвела до суттєвих спотворень у її звітності, поданій до SEC [246]. Компанія уклала контракти, отримані шляхом підкупу китайських чиновників, які приносили значний доходи і прибутки. Доходи та прибуток допомогли компанії компенсувати збитки, завдані при розробці нових продуктів, які мали стати майбутнім джерелом зростання доходів компанії. Компанія неправомірно відобразила виплати хабарів як витрати на комісійні від продажу у своїх фінансових документах.

Компанії, замішані у хабарництві, також можуть бути залучені до діяльності, що порушує положення щодо боротьби з шахрайством та звітності. Наприклад, одна нафтогазопровідна компанія та її співробітники реалізовували давню схему використання дрібних грошових рахунків компанії в Нігерії для здійснення різних корупційних платежів нігерійським податковим та судовим чиновникам з вико-

ристанням підроблених рахунків-фактур [247]. Компанія та її співробітники також брали участь у шахрайській схемі мінімізації податкових зобов'язань компанії у Болівії шляхом використання підроблених рахунків-фактур для вимоги фальшивого відшкодування своїх зобов'язань щодо сплати податку на додану вартість. Ця схема призвела до істотного завищення чистого доходу компанії у її фінансовій звітності, що порушило положення Закону про біржі щодо боротьби з шахрайством та щодо звітності. Обидві схеми також порушували положення про бухгалтерський облік та звітність і внутрішній контроль.

Якими є інші зобов'язання керівництва?

Закон Сарбейнса-Окслі 2002 року

У 2002 році, у відповідь на серію скандалів, пов'язаних з обліком та звітністю американських компаній, Конгрес ухвалив Закон Сарбейнса-Окслі (Sarbanes-Oxley або SOX) [248], який посилив вимоги до обліку та звітності для емітентів. Усі емітенти повинні дотримуватись вимог закону Сарбейнса-Окслі, порушень частини цих вимог мають наслідки за FCPA.

SOX Глава 302 (15 U.S.C. § 7241) —

Відповідальність посадових осіб компаній за точність та достовірність фінансової звітності компаній

Глава 302 Закону Сарбейнса-Окслі вимагає, щоб «головні посадові особи» компанії (зазвичай, це головний виконавчий директор (CEO) та головний фінансовий директор (CFO)) несли відповідальність та підтверджували цілісність фінансових звітів своєї компанії на щоквартальній основі. Відповідно до правила 13a-14 Закону про біржі, яке, зазвичай, називають правилом «завірення SOX», кожен періодичний звіт, що подається емітентом, повинен містити завірення, підписане головним виконавчим директором та головним фінансовим директором емітента, в якому, серед іншого, йдеться, що: (i) звіт не містить суттєвих спотворень або упуцень; (ii) відповідні фінансові звіти є достовірними у всіх істотних аспектах; (iii) система внутрішнього контролю розроблена належним чином; та (iv) посадові особи, які завіряють документ, розкрили комітету з аудиту та аудиторам емітента всі істотні недоліки системи внутрішнього контролю.

SOX Глава 404 (15 U.S.C. § 7262)—

Звіт про стан внутрішнього контролю компанії над фінансовою звітністю

Закон Сарбейнса-Окслі також посилив обов'язкове розкриття компанією інформації про стан внутрішнього контролю над фінансовою звітністю. Відповідно до Глави 404, емітенти зобов'язані представляти у своїх річних звітах висновок керівництва щодо ефективності системи внутрішнього контролю за фінансовою звітністю компанії. У цьому висновку також має бути оцінка ефективності такого внутрішнього контролю та процедур. Крім того, незалежний аудитор компанії повинен підтвердити свою оцінку ефективності системи внутрішнього контролю над фінансовою звітністю та подати звіт про неї.

Відповідно до Глави 404 SEC прийняла правила, які вимагають від емітентів та їх незалежних аудиторів звітувати перед громадськістю щодо ефективності внутрішнього контролю над фінансовою звітністю компанії [249]. Ці засоби внутрішнього контролю включають кошти, пов'язані з незаконними діями та шахрайством, включаючи акти хабарництва, які можуть призвести до суттєвого спотворення фінансової звітності компанії [250]. У 2007 році SEC випустила роз'яснення щодо контролю за фінансовою звітністю [251].

SOX Глава 802 (18 U.S.C. §§ 1519 і 1520) —

Кримінальне покарання за підробку документів

Глава 802 Закону Сарбейнса-Окслі забороняє змінювати, знищувати, спотворювати, приховувати чи фальсифікувати записи, документи чи матеріальні об'єкти із наміром перешкодити, утруднити чи вплинути на потенційне чи фактичне федеральне розслідування. Ця глава також забороняє будь-якому бухгалтеру свідомо та навмисно порушувати вимогу про те, що всі аудиторські чи звітні документи мають зберігатися протягом п'яти років.

НА КОГО ПОШИРЮЮТЬСЯ ПОЛОЖЕННЯ ПРО (БУХГАЛТЕРСЬКИЙ) ОБЛІК?

Цивільна відповідальність емітентів, дочірніх та афілійованих компаній

Положення FCPA про фінансовий облік та звітність застосовуються до кожного емітента, який має клас цінних паперів, зареєстрованих відповідно до Глави 12 Закону про біржі, або який зобов'язаний подавати річні чи інші періодичні звіти відповідно до Глави 15(d) Закону про біржі [252]. Ці положення застосовуються до будь-якого емітента, чії цінні папери торгуються на національній біржі цінних паперів США, включаючи іноземних емітентів, чії американські депозитарні розписки торгуються на біржі [253]. Вони також застосовуються до компаній, чії акції торгуються на позабіржовому ринку в США та які подають регулярні звіти до Комісії, такі як річні та квартальні звіти. На відміну від положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, положення про фінансовий облік та звітність не поширюються на приватні компанії [254].

Хоча положення FCPA про фінансовий облік та звітність спрямовані на «емітентів», облікові документи та записи емітента включають облікові документи його консолідованих дочірніх та афілійованих компаній. Таким чином, відповідальність емітента поширюється на забезпечення дотримання положень про фінансовий облік та звітність дочірніми або афілійованими компаніями, що знаходяться під його контролем, включаючи іноземні дочірні компанії та спільні підприємства. Наприклад, DOJ та SEC відкрили виконавчі провадження проти каліфорнійської компанії за порушення положень FCPA про фінансовий облік та звітність, коли два китайські спільні підприємства, в яких вона була партнером, виплатили понад 400 тис. \$ у вигляді хабарів протягом чотирьох років для отримання можливості вести бізнес в Китаї [255]. Торговий персонал у Китаї здійснював незаконні платежі шляхом отримання грошових авансів від бухгалтерського персоналу, який ві-

дображав платежі у бухгалтерській звітності як «ділові гонорари» або витрати на «поїздки та розваги». Хоча платежі здійснювалися виключно в Китаї китайськими співробітниками спільного підприємства, каліфорнійська компанія не забезпечила належного внутрішнього контролю та не вжила заходів у зв'язку з тривожними сигналами, що вказували на те, що її філії займалися хабарництвом. Каліфорнійська компанія виплатила 1,15 млн \$ як цивільне відшкодування та кримінальне грошове стягнення у розмірі 1,7 млн \$.

Компанії можуть не мати можливості здійснювати такий самий рівень контролю над дочірнім або афілійованим підприємством, у якому мають міноритарну частку, як над підприємством, яке перебуває у мажоритарній або повній власності. Тому, якщо материнська компанія володіє 50% або меншою долею дочірньої або афілійованої компанії, від материнської компанії вимагається тільки сумлінно докладати зусиль, щоб змусити дочірню або афілійовану компанію, в якій вона володіє міноритарною часткою, розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку, що відповідає зобов'язанням емітента з FCPA [256]. При оцінці сумлінних зусиль емітента беруться до уваги всі обставини, включаючи «відносний ступінь володіння емітентом вітчизняною або іноземною фірмою, а також закони та практику, що регулюють ділові операції країни, де знаходиться така фірма» [257].

Цивільна відповідальність фізичних та інших юридичних осіб

Компанії (включаючи дочірні компанії емітентів) та фізичні особи також можуть бути притягнуті до цивільної відповідальності за допомогу чи підбурювання до порушення емітентом положень про фінансовий облік та звітність [258]. Наприклад, у квітні 2010 року SEC висунула звинувачення чотирьом особам — менеджеру по країні, старшому віцепрезиденту з продажу, регіональному фінансовому директору та міжнародному контролеру американського емітента — за їх роль у схемах підкупу урядовців Киргизстану та Таїланду для закупівлі тютюнових виробів у їхнього роботодавця. У звинуваченні стверджувалося, що, крім іншого, ці особи сприяли та підбурювали компанію-емітента до порушення положень про бухгалтерський облік та внутрішній контроль, «свідомо надаючи істотну допомогу» материнській компанії [259]. Усі чотири керівники врегулювали висунуті проти них звинувачення, погодившись на винесення остаточних судових рішень, які назавжди забороняють їм порушувати положення про фінансовий облік та звітність та боротьбу з хабарництвом, а двоє керівників виплатили адміністративні штрафи [260]. Як і в інших галузях федерального законодавства про цінні папери, посадові особи підприємств також можуть бути притягнуті до відповідальності як контролюючі особи [261].

Аналогічним чином, у жовтні 2011 року SEC порушила справу проти американського виробника водопровідної арматури та колишнього співробітника китайської філії компанії за порушення положень FCPA про фінансовий облік та звітність [262]. Китайська дочірня компанія здійснювала неправомірні виплати працівникам деяких проєктних інститутів за створення проєктних специфікацій на користь клапанної продукції компанії. Ці виплати були замасковані під комісійні за продаж у бухгалтерських документах дочірньої компанії, що призвело до

неточностей у бухгалтерських документах американського емітента. Генеральному директору дочірньої компанії, який затвердив ці виплати і знав чи повинен був знати, що вони були відображені неналежним чином, серед інших звинувачень було наказано припинити та утриматися від скоєння чи провокування порушень положень про фінансовий облік [263].

Крім того, фізичні та юридичні особи можуть бути притягнуті до прямої цивільної відповідальності за фальсифікацію бухгалтерських документів емітента або за обхід внутрішнього контролю. Правило 13b2-1 Закону про біржі говорить: «Жодна особа не повинна прямо чи опосередковано фальсифікувати або допускати фальсифікацію будь-якого документу, запису або рахунку, на які поширюється [положення про бухгалтерський облік] Закону про цінні папери та біржі» [264]. А Глава 13(b)(5) Закону про біржі (15 USC § 78m(b)(5)) передбачає, що «жодна особа не повинна свідомо оминати або свідомо не впроваджувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку або свідомо фальсифікувати будь-який документ, запис або рахунок...» [265]. Закон про біржі визначає «особу» як «фізичну особу, компанію, уряд або політичний підрозділ, агентство чи орган уряду» [266].

Посадові особи та директори емітента також можуть бути притягнуті до цивільної відповідальності за надання неправдивих відомостей аудиторам компанії. Правило 13b2-2 Закону про біржі забороняє посадовим особам та директорам надавати (або змушувати надавати) істотно неправдиву або оманливу інформацію, включаючи упущення суттєвих фактів, бухгалтеру. Ця відповідальність виникає у зв'язку з будь-яким аудитом, перевіркою чи експертизою фінансової звітності компанії або у зв'язку з поданням будь-якого документу до SEC [267].

Зрештою, головний виконавчий та головний фінансовий директор або особи, які виконують аналогічні функції, можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення правила 13a-14 Закону про біржі шляхом підписання неправдивих особистих завірень, які вимагає SOX. Так, наприклад, у січні 2011 року SEC звинуватила колишнього генерального директора американського емітента за його роль у схемах підкупу посадових осіб іракського уряду у зв'язку з програмою ООН «Нафта в обмін на продовольство» та підкупу іракських та індонезійських чиновників для придбання паливних присадок компанії. У цьому випадку компанія використовувала підроблені рахунки-фактури та фіктивні консультаційні контракти для виплати великих хабарів, які передавалися іноземним посадовим особам через агента, а в бухгалтерських документах компанії хабарі були неправильно кваліфіковані як законні комісійні та оплата проїзду. Цей співробітник керував та санкціонував виплати хабарів та їх неправильне відображення у бухгалтерських документах. Він також підписав щорічні та щоквартальні завірення SOX, згідно з якими він брехливо заявив, що фінансова звітність компанії представлена достовірно, система внутрішнього контролю компанії розроблена досить ефективно, а також надавав щорічні підтвердження зовнішнім аудиторам компанії, в яких він брехливо заявив, що дотримується етичного кодексу компанії і не знає ні про які порушення етичного кодексу кимось ще. Посадовій особі було пред'явлено звинувачення у пособництві та підбурюванні до порушення положень про бухгалтерський облік та внутрішній контроль, обхід внутрішнього контролю, фальсифікації бухгалтерського обліку,

надання неправдивих відомостей бухгалтерам та підписання фальшивих завірень [268]. Він погодився на винесення судової заборони та виплатив компенсацію та цивільний штраф [269]. Пізніше він також визнав себе винним у Великій Британії у змові з метою підкупу іракських та індонезійських чиновників [270].

Кримінальна відповідальність за порушення положень про облік

Кримінальна відповідальність може бути накладена на компанії та фізичних осіб за свідоме та навмисне недотримання положень FCPA про фінансовий облік та звітність чи положень про внутрішній контроль [271].

Наприклад, хедж-фонд, що базується в США, був притягнутий до кримінальної відповідальності за порушення, зокрема, положень FCPA про бухгалтерську звітність та внутрішній контроль бухгалтерського обліку. У рамках угоди про відстрочення судового переслідування компанія зізналася у фальсифікації бухгалтерських документів шляхом підробки записів, пов'язаних із утриманням та характером послуг та платежів посереднику, якого вона використовувала у Лівії, з метою приховування справжнього характеру платежів. Крім того, хедж-фонд визнав, що не запровадив систему внутрішнього контролю, пов'язану з due diligence для утримання сторонніх (третьох осіб) посередників, з попереднім погодженням та затвердженням угод з третіми особами та агентами, з повідомленням клієнтів та потенційних клієнтів про домовленості з третіми особами, що впливають на домовленості з клієнтами, з документацією та підтвердженням послуг, що надаються третіми особами, з аудитом активів та операцій в сферах, що становлять високий ризик корупції, з забезпеченням належного обґрунтування щодо використання підставних організацій та платежів їм, а також з наглядом за процесами платежів для забезпечення того, щоб платежі здійснювалися з належним контролем [272]. Аналогічним чином, американська компанія з виробництва електроніки уклала угоду про відстрочку судового переслідування для врегулювання звинувачень у тому, що вона свідомо та навмисно змусила свою японську материнську компанію-емітента фальсифікувати бухгалтерські документи, що стосуються неправомірного залучення консультантів та приховування платежів стороннім торговим агентам. В рамках угоди компанія визнала, що вона найняла певних, так званих, консультантів, які практично не виконували ніякої консультаційної роботи, через стороннього постачальника послуг та оплачувала ці послуги з бюджету, над яким один із членів вищого керівництва компанії мав повний контроль та свободу дій, без значимого нагляду ні з американської, ні з материнської компанії [273].

За порушення фінансового обліку та звітності фізичні особи можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності. Наприклад, колишній керуючий директор підрозділу американського банку по роботі з нерухомістю в Китаї визнав себе винним у змові з метою ухилення від внутрішнього контролю бухгалтерського обліку для передачі багатомільйонної частки власності у будівлі в Шанхаї собі та китайському чиновнику, з яким його пов'язували особисті дружні стосунки. Колишній управляючий директор неодноразово робив неправдиві повідомлення своєму роботодавцю про угоду та про частки власності у ній [274].

Відповідальність за змову, пособництво та підбурювання

Компанії (включаючи дочірні компанії емітентів) та фізичні особи можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за змову з метою скоєння протиправних дій або за пособництво та підбурювання до порушення положень про фінансовий облік та звітність.

Наприклад, дочірня компанія компанії, розташованої в Х'юстоні, визнала себе винною як у змові з метою вчинення, так і у пособництві та підбурюванні до порушень бухгалтерського обліку та положень щодо боротьби з хабарництвом [275]. Дочірня компанія виплатила хабарі на суму понад 4 млн \$ і помилково назвала ці платежі «комісійними», «гонорарами» або «юридичними послугами», що призвело до неточностей у бухгалтерській звітності компанії. Хоча дочірня компанія не була емітентом і тому не могла бути звинувачена безпосередньо у порушенні фінансового обліку та звітності, вона була притягнута до кримінальної відповідальності за участь у порушенні фінансового обліку та звітності материнської компанії.

Аналогічним чином, американська дочірня компанія швейцарської експедиторської компанії, яка не була емітентом, була звинувачена у змові з метою вчинення неправомірних дій, а також у пособництві та підбурюванні до порушень бухгалтерського обліку своїх клієнтів, які були емітентами і, отже, підпадали під дію положень FCPA про облік [276]. Американська дочірня компанія суттєво допомогла клієнтам-емітентам у порушенні положення FCPA про облік, приховавши справжній характер виплат хабарів у рахунках, які вона представляла клієнтам-емітентам [277]. Таким чином, дочірня компанія зіткнулася з кримінальною відповідальністю за свою участь у порушеннях FCPA з боку клієнтів-емітентів, незважаючи на те, що сама вона не підпадала під дію положень FCPA щодо фінансового обліку та звітності.

На відміну від положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, положення про облік застосовуються до «будь-якої особи», і, таким чином, на них не поширюється аргументація рішення суду Другого округу у справі Сполучені Штати проти Хоскінса, що обмежує відповідальність за змову та пособництво відповідно до положень FCPA про боротьбу з хабарництвом [278].

ОБОВ'ЯЗКИ АУДИТОРІВ

Усі публічні компанії США повинні подавати річну фінансову звітність, підготовлену згідно з Загальноприйнятими принципами бухгалтерського обліку США (U.S. GAAP). Ці принципи бухгалтерського обліку є одними з найповніших у світі. U.S. GAAP вимагає врахування всіх активів, зобов'язань, доходів та витрат, а також докладного розкриття інформації про діяльність та фінансовий стан компанії. Фінансова звітність компанії має бути повною та достовірно відображати її фінансовий стан [279]. Таким чином, згідно з U.S. GAAP, будь-які виплати іноземним державним службовцям повинні бути належним чином відображені у бухгалтерських документах та фінансовій звітності компанії.

Законодавство США, включаючи правила SEC, вимагає, щоб емітенти проходили щорічний зовнішній аудит своєї фінансової звітності та робили цю аудійовану фінансову звітність доступною для громадськості, подаючи її до SEC. Правила

SEC, а також правила та стандарти, видані Радою з нагляду за бухгалтерським обліком у публічних компаніях (PCAOB) під наглядом SEC, вимагають, щоб зовнішні аудитори були незалежними від компаній, які вони перевіряють. Незалежні аудитори повинні дотримуватись правил і стандартів, встановлених PCAOB, коли вони проводять аудит публічної компанії. Стандарти аудиту регулюють, наприклад, відповідальність аудитора щодо суттєвих помилок, порушень чи незаконних дій клієнта та його посадових осіб, директорів та працівників. Крім того, аудитор повинен отримати уявлення про систему внутрішнього контролю фінансової звітності організації в рамках аудиту і повинен повідомити про всі істотні недоліки та суттєві слабкості, виявлені в ході аудиту, керівництву та комітету з аудиту [280].

Відповідно до Глави 10А Закону про біржі, незалежні аудитори, які виявили незаконні дії, такі як виплата хабарів місцевим або іноземним посадовим особам, мають певні зобов'язання щодо проведення аудиту публічних компаній [281]. Як правило, Глава 10А вимагає від аудиторів, яким стало відомо про незаконні дії, повідомити про них на відповідні рівні в компанії та, якщо компанія не застосує відповідних заходів, повідомити SEC.

Частина 4

ІНШІ ПОВ'ЯЗАНІ ЗАКОНИ США

Підприємства та приватні особи повинні знати, що поведінка, яка порушує положення FCPA про боротьбу з хабарництвом або фінансовий облік, може також порушувати інші закони або нормативні акти. Більше того, платежі іноземним державним службовцям та установам можуть порушувати ці закони, навіть якщо відсутні усі елементи порушення FCPA.

ЗАКОН ПРО ПОДОРОЖІ (ПЕРЕСУВАННЯ)

Закон про подорожі (пересування), 18 U.S.C. § 1952 забороняє поїздки у міжштатній чи міжнародній торгівлі або використання пошти чи будь-якого засобу у міжштатній чи міжнародній торгівлі з наміром розподілити доходи від будь-якої незаконної діяльності або для просування, управління, створення або провадження будь-якої незаконної діяльності [282]. «Незаконна діяльність» включає порушення не тільки FCPA, але і законів штатів про комерційний підкуп. Таким чином, хабарництво між приватними комерційними підприємствами за певних обставин може підпадати під дію Закону про подорожі. Інакше кажучи, якщо компанія виплачує «відкат» співробітнику приватної компанії, який не є іноземною посадовою особою, такий підкуп між приватними особами може бути кваліфікований відповідно до Закону про подорожі.

DOJ раніше звинувачував у порушенні Закону про подорожі як окремих осіб, так і корпоративних відповідачів у справах FCPA [283]. Наприклад, індивідуальний інвестор був засуджений за змову з метою порушення FCPA та Закону про подорожі у 2009 році, де відповідна «протиправна діяльність» згідно із Законом про подорожі була порушенням FCPA, що включає схему хабарництва в Азербайджані [284]. Також у 2009 році каліфорнійська компанія, яка займалася як підкупом іноземних посадових осіб, порушуючи FCPA, так і комерційним підкупом, порушуючи законодавство штату Каліфорнія, з-поміж інших звинувачень визнала себе винною у змові з метою порушення FCPA та Закону про подорожі [285].

ВІДМИВАННЯ ГРОШЕЙ

Багато справ FCPA також пов'язані з порушеннями законів про боротьбу з відмиванням грошей [286]. Наприклад, двох керівників телекомунікаційної компанії з Флориди, розташованої в Маямі, було засуджено за порушення FCPA та відмивання грошей, коли вони проводили фінансові операції з доходами від конкретної незаконної діяльності — порушення FCPA, кримінального законодавства Гаїті про хабарництво та електронне шахрайство — з метою приховування та маскуванню цих доходів.

Слід зауважити, що хоча іноземні посадовці не можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення FCPA [287], вони можуть бути притягнуті до відповідальності за таке порушення, як відмивання грошей, якщо конкретна незаконна діяльність є порушенням FCPA [288].

ПОШТОВЕ ТА ЕЛЕКТРОННЕ ШАХРАЙСТВО

Також можуть застосовуватися закони про поштове та електронне шахрайство. У 2006 році, наприклад, іноземна дочірня компанія, що повністю належить американському емітенту, визнала себе винною як у порушенні FCPA, так і в електронному шахрайстві, де схема включала завищення рахунків клієнтам дочірньої компанії — як державним, так і приватним — і використання частини завищених сум для виплати «відкатів» співробітникам клієнтів. Звинувачення у шахрайстві з використанням електронних засобів передбачали, що дочірня компанія переводила кошти з банківського рахунку своєї материнської компанії в штаті Орегон на закриті банківські рахунки у Південній Кореї, які контролювала дочірня компанія. Потім ці кошти в розмірі майже 2 млн \$ були виплачені менеджерам державних та приватних компаній з виробництва сталі в Китаї та Південній Кореї як незаконні комісійні та «відкати», які були замасковані під компенсації, комісійні та інші, здавалося б, законні витрати [289].

ПОРУШЕННЯ В СФЕРІ СЕРТИФІКАЦІЇ ТА ЗВІТНОСТІ

Деякі інші вимоги до ліцензування, сертифікації та звітності, які ставить уряд США, також можуть бути задіяні в контексті підкупу іноземних посадових осіб. Наприклад, Експортно-імпорتنний банк США умовою сприяння наданню прямих кредитів та кредитних гарантій іноземному покупцю американських товарів та послуг вимагає від американського постачальника надати сертифікати, що стосуються комісійних, зборів або інших платежів, що виплачуються у зв'язку з фінансовою допомогою та підтверджують, що він не порушував і не порушуватиме FCPA [290]. Неправдива сертифікація може призвести до кримінальної відповідальності за неправдиві заяви [291].

Аналогічно, виробники, експортери та брокери певних предметів та послуг оборонного призначення підлягають реєстрації, ліцензуванню та звітності відповідно до Закону про контроль за експортом зброї (AECA), 22 U.S.C. § 2751 тощо, та положеннями щодо його реалізації, Правилами міжнародної торгівлі зброєю

(ITAR), 22 C.F.R. § 120 тощо. Наприклад, згідно з АЕКА та ІТАР, всі виробники та експортери продукції та послуг оборонного призначення повинні зареєструватися в Управлінні з контролю за торгівлею у сфері оборони. Продаж предметів та послуг оборонного призначення вартістю 500 тис. \$ і більше веде до необхідності розкриття інформації про гонорари та комісійні, включаючи хабарі, на загальну суму 100 тис. \$ та більше [292]. Порушення АЕКА та ІТАР можуть призвести до цивільних та кримінальних покарань [293].

ПОДАТКОВІ ПОРУШЕННЯ

Фізичні особи та компанії, що порушують FCPA, можуть також порушувати податкове законодавство США, яке прямо забороняє податкові відрахування на хабарі, такі як неправомірні відрахування на комісійні від продажів, призначені для приховування корупційних платежів [294]. Відділ кримінальних розслідувань Податкової Служби США^{*} брав участь у низці розслідувань FCPA, пов'язаних із податковими порушеннями, а також з іншими фінансовими злочинами, як наприклад, відмивання грошей.

^{*} Прим. перекл. — В оригіналі це Internal Revenue Service — Criminal Investigation. Це Відділ кримінальних розслідувань Служби внутрішніх доходів США. US Internal Revenue Service — це Податкова служба США або Служба внутрішніх доходів США, державний орган Федерального уряду Сполучених Штатів Америки, який займається збором податків, контролює виконання законодавства про оподаткування та тлумачить податковий кодекс.

Частина 5

КЕРІВНІ ПРИНЦИПИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

ЩО ВРАХОВУЄ DOJ ПРИ ПРИЙНЯТТІ РІШЕННЯ ПРО ПОЧАТОК РОЗСЛІДУВАННЯ ЧИ ВИСУНЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ?

Питання про те, чи DOJ порушуватиме, відхилятиме чи іншим чином вирішуватиме справу FCPA, і яким чином це робитиме, регулюється Принципами федерального обвинувачення щодо фізичних осіб, а також Принципами федерального обвинувачення комерційних організацій та Політикою корпоративного правозастосування FCPA щодо компаній.

Принципи федерального обвинувачення DOJ

Принципи федерального обвинувачення, викладені в главі 9-27.000 Посібника з правосуддя [295], є керівництвом для прокурорів DOJ щодо порушення чи відмови від переслідування, вибору звинувачень та укладання угод про визнання провини. Принципи федерального обвинувачення передбачають, що прокурори повинні рекомендувати або починати федеральне переслідування, якщо поведінка ймовірного відповідача є федеральним злочином і допустимих доказів, ймовірно, буде достатньо для отримання та підтримки обвинувального вироку. Винятками є наявність таких обставин, як: (1) обвинувачення не буде відповідати суттєвим федеральним інтересам; (2) особа підлягає фактичному переслідуванню в іншій юрисдикції; або (3) існує адекватна некримінальна альтернатива переслідуванню. Оцінюючи наявність значного федерального інтересу, прокурору рекомендується «зважити всі відповідні обставини», включаючи характер і серйозність злочину; стримуючий ефект судового переслідування; винність особи у скоєнні злочину; історію злочинної діяльності особи; готовність особи співпрацювати у розслідуванні чи переслідуванні інших осіб; та ймовірне покарання чи інші наслідки у разі засудження особи. У Принципах федерального обвинувачення також викладено обставини, які необхідно враховувати при прийнятті рішення про укладання угоди про визнання провини з окремим обвинуваченим, включаючи характер і серйозність правопорушення та готовність особи до співпраці, а також бажаність швидкого та конкретного розгляду справи і витрати на судовий розгляд та апеляцію [296].

Принципи федерального обвинувачення DOJ комерційних організацій

Принципи федерального обвинувачення комерційних організацій, викладені у розділі 9-28.000 Посібника з правосуддя [297], містять рекомендації щодо вирішення справ, пов'язаних з корпоративними правопорушеннями. Принципи федерального обвинувачення комерційних організацій визнають, що за певних обставин може бути доцільним вирішення корпоративних кримінальних справ іншими способами, ніж пред'явлення звинувачення, включаючи угоди про відмову від кримінального переслідування та відкладене судове переслідування. Під час проведення розслідування, визначення доцільності пред'явлення звинувачення компанії та укладення угод про визнання провини або інших угод враховуються десять факторів:

- характер та серйозність правопорушення, включаючи ризик заподіяння шкоди суспільству;
- поширеність правопорушень у компанії, включаючи співучасть чи потурання правопорушенням з боку керівництва компанії;
- історія аналогічних порушень у компанії, включаючи попередні кримінальні, цивільні та регуляторні правозастосовні дії проти неї;
- готовність компанії співпрацювати з державним слідством, зокрема, щодо можливих правопорушень з боку агентів компанії;
- адекватність та ефективність комплаєнс-програми у компанії на момент скоєння правопорушення, а також на момент пред'явлення обвинувачення або прийняття рішення про його врегулювання;
- своєчасне та добровільне розкриття компанією інформації про правопорушення;
- дії компанії з виправлення ситуації, включаючи будь-які зусилля щодо впровадження адекватної та ефективної корпоративної комплаєнс-програми або вдосконалення існуючої програми, заміни відповідального керівництва, дисциплінарного стягнення або звільнення порушників чи виплати відшкодування;
- побічні наслідки, включаючи наявність непропорційно великої шкоди для акціонерів, власників пенсійних накопичень, працівників та інших осіб, чия особиста вина не доведена, а також вплив на громадськість унаслідок судового переслідування;
- адекватність засобів правового захисту, таких як цивільні чи регулятивні правозастосовні дії, включаючи засоби правового захисту внаслідок співпраці компанії з відповідними державними органами; і
- адекватність судового обвинувачення осіб, відповідальних за неправомірні дії компанії.

Як показують ці фактори, у багатьох розслідуваннях прокурору буде доцільно розглянути поведінку компанії до пред'явлення звинувачення, включаючи добровільне розкриття інформації, співробітництво та виправлення ситуації, вирішуючи питання про пред'явлення обвинувачення. При оцінці співробітництва компанії

прокурорам заборонено вимагати матеріали, захищені привілеями адвоката-клієнта, за двома винятками — коли компанія або її працівник наполягає на захисті за порадою адвоката та коли спілкування між адвокатом та клієнтом було спрямоване на сприяння злочину чи шахрайству. Інакше співробітництво організації може оцінюватися лише на підставі того, чи вона розкрила відповідні факти, що лежать в основі розслідування, а не на підставі того, чи вона відмовилася від привілею адвоката-клієнта або захисту результатів роботи [298].

Корпоративна політика правозастосування DOJ щодо FCPA

Корпоративна політика правозастосування FCPA (СЕР^{*}), що міститься в Посібнику з правосуддя, передбачає, що якщо компанія добровільно розкриває інформацію про неправомірні дії, повністю співпрацює та своєчасно та належним чином виправляє ситуацію, існує презумпція, що DOJ відмовиться від судового обвинувачення компанії за відсутності обтяжуючих обставин [299]. Рішення про відмову в порушенні СЕР є публічними та доступні на вебсайті Відділу боротьби з шахрайством за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy/declinations>. Обтяжуючі обставини, які можуть бути підставою для прийняття кримінального рішення замість відмови, включають, зокрема, такі: участь вищого керівництва компанії в неправомірних діях; отримання компанією значного прибутку внаслідок неправомірних дій; широке розповсюдження неправомірних дій у компанії; рецидив злочинів [300]. Навіть за наявності обтяжливих обставин DOJ може відмовитися у порушенні справи, як це було зроблено у кількох випадках, коли вище керівництво брало участь у схемі хабарництва [301].

У разі прийняття відповідного рішення у кримінальній справі, коли компанія добровільно розкриває інформацію, повністю співпрацює та своєчасно і належним чином виправляє ситуацію, DOJ призначає або рекомендує суду, що виносить вирок, знизити розмір штрафу на 50% від нижньої межі діапазону штрафів, передбачених Керівними настановами із призначення покарань у США (Керівні настанови), за винятком випадків рецидиву злочинів; і, як правило, не вимагає призначення монітора, якщо компанія на момент вирішення справи запровадила ефективну комплаєнс-програму [302].

СЕР також визнає потенційні переваги корпоративних злиттів і поглинань, особливо в тих випадках, коли компанія, що купує, має надійну комплаєнс-програму і впроваджує її в найкоротші терміни в приєднаній або поглинутій компанії. Відповідно, якщо компанія при здійсненні злиття або поглинання, виявляє неправомірні дії з боку компанії, що зливається або поглинається, в ході ретельної та своєчасної комплексної перевірки due diligence або, у відповідних випадках, у ході аудиту після придбання або інтеграції комплаєнсу, добровільно розкриває неправомірні дії та вживає інші дії відповідно до СЕР, буде діяти презумпція відмови від кримінального обвинувачення у відповідності до інших вимог СЕР. У відповідних випадках компанія-по-

* Прим. перекл. — СЕР — в оригіналі Corporate Enforcement Policy.

купець, яка розкрила неправомірні дії, може мати право на відмову від кримінального обвинувачення, навіть якщо щодо придбаної компанії існували обтяжливі обставини.

Якщо компанія добровільно не розкриває інформацію про протиправну поведінку, проте повністю співпрацює і своєчасно, і належним чином виправляє ситуацію, компанія отримає знижку, або Департамент порекомендує суду, який виносить вирок, зменшити штраф на 25% від нижньої межі діапазону штрафів, передбачених Керівними настановами [303].

Щоб отримати право на пільги СЕР, включаючи відмову від кримінального обвинувачення, компанія має виплатити всі відшкодування, пройти процес конфіскації та/або реституції як наслідок відповідних неправомірних дій [304].

У СЕР також дано визначення термінів «добровільне саморозкриття», «цілкова співпраця» та «своєчасне і належне виправлення ситуації». Завдяки викладенню в Посібнику з питань правосуддя того, як DOJ визначає ці терміни, а також переваг, які отримає компанія, що вдається до такої поведінки, компанії можуть прийняти обґрунтоване рішення щодо того, чи така поведінка відповідає їхнім інтересам. Звичайно, якщо компанія вирішить не вести себе так, а DOJ дізнається про неправомірні дії та встановить достатні докази для судового переслідування, компанії не слід розраховувати на отримання будь-яких переваг, описаних у СЕР, або пом'якшення покарання [305].

СЕР застосовується тільки при DOJ і не зобов'язує та не застосовується при SEC [306]. СЕР та відмови від кримінального обвинувачення, які були зроблені відповідно до нього, розміщуються на сайті DOJ [307]. Далі наведено три такі випадки:

ПРИКЛАД 1. Відмови від переслідувань/відмови від застосування правозастосовних дій (declinations) за СЕР

У 2018 році DOJ відмовився від переслідування приватної компанії, розташованої у Великій Британії, яка виробляє та продає обладнання, що використовується для виявлення землетрусів та інших сейсмічних подій. Компанія добровільно повідомила DOJ про те, що вона здійснила численні виплати на суму близько 1 млн \$ директору дослідницького центру, що фінансується корейським урядом. Після розкриття інформації про ці платежі DOJ висунув звинувачення директору, а в липні 2017 року провів суд і засудив його в Центральному окрузі Каліфорнії за одним пунктом звинувачення у відмиванні грошей, що порушує положення 18 U.S.C. § 1957. У жовтні 2017 року директора було засуджено до 14 місяців тюремного ув'язнення.

До компанії не було застосовано правозастосовні дії відповідно до СЕР, оскільки вона добровільно розкрила інформацію про себе, повністю співпрацювала, а також своєчасно та належним чином усунула наслідки відповідно до СЕР. Крім того, компанія була об'єктом паралельного розслідування з боку Управління по боротьбі з шахрайством Великої Британії (SFO) з приводу юридичних порушень, пов'язаних з тим же вчинком, і зобов'язалася взяти на себе відповідальність перед SFO (згодом компанія уклала з SFO угоду про відстрочення судового переслідування та погодилася виплатити приблизно 2,07 млн £ валового прибутку, що виник у результаті виплат директору).

**ПРИКЛАД 2. Відмови від переслідувань/відмови від застосування
правозастосовних дій (declinations) за СЕР**

У 2018 році DOJ відмовився від судового переслідування страхової компанії, зареєстрованої з головним офісом на Барбадосі. У ході розслідування DOJ було встановлено, що компанія через своїх працівників і посередників заплатила приблизно 36 тис. \$ у вигляді хабарів державному чиновнику Барбадосу в обмін на договори страхування, в результаті чого загальна сума премій за договорами склала приблизно 686 827 \$, а чистий прибуток — приблизно 93 940 \$. Зокрема, приблизно у серпні 2015 року та квітні 2016 року високопосадовці компанії брали участь у схемі з виплати хабарів у розмірі близько 36 тис. \$ міністру промисловості Барбадосу та відмиванню хабарів у США.

Незважаючи на те, що до неправомірних дій були причетні високопосадовці компанії, DOJ відмовився від судового переслідування, ґрунтуючись на низці факторів, включаючи, але не обмежуючись: (1) своєчасне добровільне саморозкриття компанією фактів неправомірної поведінки; (2) ретельне та всебічне розслідування, проведене компанією; (3) співробітництво компанії (включаючи надання всіх відомих значущих фактів про неправомірну поведінку) та її згоду продовжувати співпрацю в рамках поточних розслідувань та/або судових переслідувань DOJ; (4) згоду компанії на виплату DOJ всього прибутку, отриманого внаслідок незаконної поведінки, що склала 93 940 \$; (5) кроки, вжиті компанією для покращення комплаєнс-програми та внутрішнього бухгалтерського контролю; (6) заходи щодо виправлення ситуації, вжиті компанією, включаючи, але не обмежуючись, звільненням усіх керівників та працівників, причетних до неправомірних дій; та (7) той факт, що DOJ вдалося виявити та пред'явити звинувачення винним особам.

**ПРИКЛАД 3. Відмови від переслідувань/відмови від застосування
правозастосовних дій (declinations) за СЕР**

У 2019 році DOJ відмовився від судового переслідування технологічної публічної компанії. У ході розслідування DOJ було встановлено, що компанія через своїх працівників уповноважила своїх посередників виплатити хабар у розмірі близько 2 млн. \$ одному або декільком державним службовцям в Індії в обмін на забезпечення та отримання необхідного згідно із законом дозволу на планування у зв'язку з розвитком офісного парку, а також здійснити інші неправомірні платежі у зв'язку з іншими проектами в Індії. Незважаючи на те, що деякі члени вищого керівництва брали участь у злочинній поведінці та керували ним, DOJ відмовився від судового переслідування компанії на підставі оцінки факторів, викладених у СЕР та Принципах федерального обвинувачення комерційних організацій, включаючи, але не обмежуючись: (1) добровільне саморозкриття компанії протягом двох тижнів після того, як Раді стало відомо про злочинну поведінку; (2) ретельне та всебічне розслідування, проведене компанією; (3) повне та активне співробітництво компанії з цього питання (включаючи надання всіх відомих значущих фактів про неправомірну поведінку) та її згоду продовжувати співпрацювати у поточних розслідуваннях DOJ та будь-яких судових переслідуваннях, які можуть

виникнути; (4) характер і серйозність провини; (5) відсутність у компанії попередньої кримінальної історії; (6) наявність та ефективність існуючої раніше програми з комплаєнсу, а також кроки, вжиті нею для покращення програми з комплаєнсу та внутрішнього контролю бухгалтерського обліку; (7) повнота заходів щодо виправлення ситуації, вжитих компанією, включаючи, зокрема, звільнення та дисциплінарні стягнення щодо працівників та підрядників, причетних до неправомірних дій; (8) адекватність засобів правового захисту, таких як цивільні або регулятивні примусові заходи, включаючи рішення компанії з SEC та угоду про виплату цивільного штрафу у розмірі 6 млн \$ та відшкодування збитків; (9) згоду компанії виплатити всю суму економії коштів, отриману внаслідок підкупу; та (10) той факт, що в результаті своєчасного добровільного розкриття інформації компанією DOJ зміг провести незалежне розслідування та виявити осіб, винних у неправомірних діях корпорації.

ЩО ВРАХОВУЮТЬ СПІВРОБІТНИКИ SEC, КОЛИ ВИРІШУЮТЬ ПОЧАТИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЧИ РЕКОМЕНДУВАТИ ЗВИНУВАЧЕННЯ?

Посібник SEC з правозастосування, опублікований Правозастосовчим відділом SEC і доступний на вебсайті SEC [308], містить інформацію про те, як SEC проводить розслідування, а також керівні принципи, які враховують співробітники SEC при вирішенні питання відкривати чи закривати розслідування та чи є цивільні звинувачення обґрунтованими. Потенційні порушення FCPA стають відомими співробітникам SEC у різний спосіб та включають: повідомлення від інформаторів або викривачів; інформацію, отриману під час інших розслідувань; самозвіти чи публічне розкриття інформації компаніями; повідомлення від інших офісів чи агенцій; відкриті джерела, такі як повідомлення ЗМІ та професійні видання; а також проактивні методи розслідування, включаючи ініціативи, що ґрунтуються на оцінці ризиків. Розслідування можуть бути офіційними, наприклад, коли SEC видає офіційний наказ про проведення розслідування, який уповноважує її співробітників видавати слідчі повістки для надання показань та отримання документів, або неофіційними, наприклад, коли працівники проводять розслідування без використання слідчих повісток.

При визначенні того, чи слід починати розслідування, та, якщо так, чи є правозастосовна дія виправданою, співробітники SEC розглядають низку факторів, включаючи: закони або правила, які можуть бути порушені; кричущий характер потенційного порушення; потенційний масштаб порушення; чи є потенційно постраждала група особливо вразливою чи схильною до ризику; чи є дані дії тривалими; чи можуть дані дії розслідуватися ефективно та з дотриманням визначеного терміну давності; і чи можуть інші інституції, включаючи федеральні чи державні агенції чи регулюючі органи, краще підійти для розслідування даної діяльності. Співробітники SEC також можуть взяти до уваги те, чи пов'язана дана справа з можливою широко розповсюдженою галузевою практикою, на яку слід звернути увагу, чи пов'язана справа з рецидивістом, і чи дає розгляд цієї справи можливість SEC бути почутою в суспільстві, яке може бути не знайоме з SEC або захистом, що надається законами про цінні папери.

Більш детальну інформацію про процедури Відділу правозастосування щодо розслідувань, правозастосовних дій та співробітництва з іншими регулюючими органами можна знайти у Посібнику з правозастосування за посиланням <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>.

САМОЗВІТУВАННЯ, СПІВПРАЦЯ ТА ЗАХОДИ З УСУНЕННЯ ВИЯВЛЕНИХ ПОРУШЕНЬ

Хоча поведінка, що лежить в основі будь-якого розслідування FCPA, очевидно, є основним і пороговим фактором при прийнятті рішення про те, яких заходів вжити, якщо їх взагалі вживати, як DOJ, так і SEC надають великого значення самозвітванню, а також співпраці та зусиллям з виправлення ситуації при визначенні належного вирішення питань FCPA.

Кримінальні справи

Відповідно до Принципів федерального обвинувачення комерційних організацій DOJ та SEC, федеральні прокурори беруть до уваги те, чи зробила компанія добровільне та своєчасне розкриття інформації, а також готовність компанії надати відповідну інформацію та докази і зазначити відповідних учасників усередині та поза компанією, включаючи вище керівництво.

Крім того, прокурори можуть розглянути заходи щодо виправлення ситуації (відшкодування завданої шкоди), вжитих компанією, включаючи зусилля щодо вдосконалення існуючої комплаєнс-програми або належне покарання порушників [309]. Заходи компанії з виправлення становища мають бути вагомими та ілюструвати визнання серйозності провини, наприклад, шляхом вжиття заходів щодо здійснення кадрових, операційних та організаційних змін, необхідних для формування у працівників розуміння того, що злочинна поведінка не буде прийнятною [310].

Принципи федерального обвинувачення також передбачають, що прокурори можуть враховувати готовність особи до співпраці після ухвалення рішення щодо того, чи порушувати кримінальне переслідування і як воно повинно бути вирішено. Хоча бажання співпрацювати саме собою не звільняє особу від кримінальної відповідальності, воно може сприяти «серйозному розгляду» при оцінці можливості укладання угоди про визнання вини з обвинуваченням, залежно від характеру та цінності запропонованої співпраці [311].

Керівні настанови США із призначення покарань аналогічно враховують співпрацю та добровільне розкриття інформації обвинуваченою фізичною особою. Відповідно до § 5K1.1 співробітництво обвинуваченого, якщо воно є досить суттєвим, може виправдати подання урядом клопотання про пом'якшення покарання. Згідно з § 5K2.16 добровільне розкриття обвинуваченим інформації про злочин до його виявлення — якщо злочин навряд чи було б виявлено в іншому випадку — за певних обставин може бути підставою для пом'якшення покарання. Згідно з § 5K2.16 добровільне розкриття обвинуваченим інформації про злочин до його виявлення — якщо злочин навряд чи було б виявлено в іншому випадку — за певних обставин

може бути підставою для пом'якшення покарання. У Частині 8 Керівних настанов із призначення покарань, яка регулює винесення вироків організаціям, враховуються заходи щодо виправлення ситуації, вжиті організацією у межах «ефективної комплаєнс та етичної програми». Один із семи елементів такої програми передбачає, що після виявлення злочинної поведінки «організація повинна зробити розумні кроки для належного реагування на злочинну поведінку та запобігання подальшій подібній злочинній поведінці, включаючи внесення будь-яких необхідних змін до корпоративної комплаєнс та етичної програми» [312]. Наявність ефективної комплаєнс та етичної програми може призвести до зниження на три бали коефіцієнта винуватості організації за § 8C2.5, що впливає на розрахунок штрафу відповідно до Керівних настанов. Так само самозвітування, співпраця та визнання відповідальності організації можуть призвести до зниження штрафу за § 8C2.5(g) за рахунок зменшення коефіцієнта винуватості. І навпаки, організація не може претендувати на зниження штрафу за комплаєнс-програмою, якщо вона необґрунтовано затримує повідомлення про правопорушення [313]. Аналогічно до § 5K1.1 для фізичних осіб організації можуть претендувати на пом'якшення покарання відповідно до § 8C4.1 Керівних настанов за співпрацю у кримінальному переслідуванні інших осіб.

Цивільні справи

Система SEC для оцінки співпраці компаній

Система оцінки співпраці компаній з боку SEC викладена в «Звіті про розслідування відповідно до Глави 21(а) Закону про цінні папери та біржі 1934 року та заяві Комісії про взаємозв'язок співпраці з правозастосовними рішеннями відомств» за 2001 рік, який широко відомий як Seaboard Report «Звіт Сібоард» [314]. У звіті, який пояснює рішення Комісії не вживати дій примусового характеру проти публічної компанії за певні порушення бухгалтерського обліку, допущені її дочірньою компанією, детально описуються численні фактори, які SEC враховує при визначенні того, чи надавати поблагливість компаніям і в якій мірі за співпрацю у розслідуваннях, а також за відповідну належну корпоративну громадянську позицію. Зокрема, звіт визначає чотири загальні показники співпраці компанії:

- самоконтроль ще до виявлення неправомірної поведінки, включаючи встановлення ефективних комплаєнс-процедур та відповідного «тону зверху»;
- самозвітування про неправомірні дії при їх виявленні, включаючи проведення ретельного аналізу характеру, масштабів, походження та наслідків неправомірних дій, а також швидке, повне та ефективне розкриття інформації про неправомірні дії громадськості, регулюючим органам та саморегулювним організаціям;
- виправлення ситуації, включаючи звільнення або відповідне дисциплінарне

* Прим. Перекл. — В оригіналі “tone at the top”.

покарання порушників, зміну та покращення внутрішнього контролю та процедур для запобігання повторенню неправомірних дій, а також виплату належної компенсації тим, на кого вони мали негативний вплив; і

- співпраця з правоохоронними органами, включаючи надання співробітникам SEC усієї інформації, що стосується основних порушень та зусиль компанії з виправлення ситуації.

Оскільки кожна правозастосовна справа відрізняється від іншої, дана аналітична система встановлює загальні принципи, але не обмежує широкі повноваження SEC щодо оцінки кожної справи окремо, виходячи з унікальних фактів та обставин. Аналогічно тому, як SEC ставиться до фізичних осіб, що співпрацюють, винагорода за співпрацю з боку компанії може варіюватися від неприйняття жодних правозастосовних дій до застосування пом'якшених санкцій у зв'язку з правозастосовними діями.

Система оцінки SEC співпраці фізичних осіб

У 2010 році SEC оголосила про нову програму співпраці для фізичних осіб. Співробітники SEC мають широкий спектр інструментів для сприяння та заохочення співпраці з боку фізичних осіб, починаючи від неприйняття жодних правозастосовних заходів і закінчуючи пом'якшенням санкцій у зв'язку з правозастосовними діями. Хоча оцінка співробітництва залежить від конкретних обставин, SEC, зазвичай, оцінює чотири фактори, щоб визначити, чи слід, якою мірою і яким чином винагороджувати співпрацю фізичних осіб:

- допомогу, надану фізичною особою у співпраці в розслідуванні SEC або пов'язаних з ним правозастосовних діях, включаючи, серед іншого: цінність та своєчасність співпраці, у тому числі, чи була особа першою, хто повідомив SEC про неправомірні дії або запропонувала свою співпрацю; чи було розслідування розпочато на підставі інформації чи іншої співпраці з боку особи; якість співпраці, у тому числі, чи була особа правдивою і чи була співпраця повною; час та ресурси, зекономлені внаслідок співпраці особи; та характер співробітництва, наприклад, вид наданої допомоги;
- важливість питання, в якому людина сприяла;
- громадський інтерес у забезпеченні того, щоб особа, що співпрацює, була притягнута до відповідальності за свою провину, включаючи тяжкість провини, винність особи та зусилля, вжиті особою для відшкодування збитків; і
- доречність винагороди за співробітництво з огляду на профіль особи, що співпрацює.

КОРПОРАТИВНА КОМПЛАЄНС-ПРОГРАМА

В умовах глобального ринку ефективна комплаєнс-програма зміцнює внутрішній контроль компанії та має важливе значення для виявлення та запобігання порушенням FCPA [316]. Ефективні комплаєнс-програми розробляються з урахуванням специфіки бізнесу компанії та ризиків, пов'язаних із цим бізнесом. Вони

динамічні та розвиваються у міру зміни бізнесу та ринків.

Ефективна комплаєнс-програма сприяє формуванню «організаційної культури, що заохочує етичну поведінку та прихильність до дотримання закону» [317]. Така програма захищає репутацію компанії, забезпечує цінність та довіру інвесторів, знижує невизначеність у ділових операціях та забезпечує збереження активів компанії [318]. Комплаєнс та етична програма компанії може допомогти запобігти, виявити, усунути та повідомити про неправомірні дії, включаючи порушення FCPA, якщо вона добре побудована, ефективно впроваджена, забезпечена відповідними ресурсами та послідовно застосовується.

Крім розгляду питання про те, чи повідомила компанія про себе, чи співпрацювала вона і чи вжила відповідних заходів щодо виправлення ситуації, DOJ і SEC також розглядають адекватність та ефективність комплаєнс-програми компанії на момент скоєння провини та на момент прийняття рішення, коли вирішують, як діяти і чи діяти взагалі. При прийнятті рішень у кримінальних справах комплаєнс-програма впливає на три ключові аспекти прийняття рішень: (1) форма рішення або судового переслідування, якщо така є; (2) грошовий штраф, якщо такий є; та (3) комплаєнс-зобов'язання, які мають бути включені до будь-якого корпоративного кримінального рішення (наприклад, чи доречний комплаєнс-монітор, а також тривалість та характер будь-яких зобов'язань щодо звітності) [319]. Наприклад, адекватність комплаєнс-програми може вплинути на те, чи слід врегулювати звинувачення шляхом визнання провини, укладання угоди про відстрочення судового переслідування (DPA) або угоди про непереслідування (NPA), а також на відповідну тривалість будь-якого DPA чи NPA, або на тривалість корпоративного випробувального терміну [320]. Як уже говорилося вище, у звіті SEC Seaboard Report особлива увага приділяється, зокрема, тому, як компанія здійснювала самоконтроль до виявлення неправомірних дій, у тому числі, чи вона встановила ефективні комплаєнс-процедури [321]. Аналогічним чином три з десяти факторів, викладених у «Принципах федерального обвинувачення комерційних організацій» DOJ, прямо або побічно стосуються розробки, реалізації та ефективності комплаєнс-програми, включаючи поширеність порушень у компанії, адекватність та ефективність комплаєнс-програми компанії, а також характер заходів щодо виправлення ситуації, прийнятих компанією [322]. DOJ також бере до уваги елементи ефективної комплаєнс-програми, викладені в § 8B2.1 Керівних настанов з призначення покарань США.

Ці обставини відображають визнання того, що нездатність компанії запобігти кожному окремому порушенню не обов'язково означає, що конкретна комплаєнс-програма компанії була в цілому неефективною. DOJ і SEC розуміють, що «жодна комплаєнс-програма ніколи не зможе запобігти всій злочинній діяльності працівників корпорації» [323], і вони не вимагають від компаній дотримання стандартів досконалості. Оцінка корпоративної комплаєнс-програми, включаючи її розробку, сумлінну реалізацію та забезпечення дотримання, є важливою частиною оцінки урядом того, чи було порушення, і якщо так, то яких заходів слід вжити. У відповідних обставинах DOJ і SEC можуть відмовитися від висування звинувачень проти компанії на підставі ефективної комплаєнс-програми компанії, або можуть іншим чином спробувати винагородити компанію за її програму, навіть якщо ця програма не запо-

бігла конкретному порушенню FCPA, що стало підставою для розслідування [324].

DOJ та SEC не мають шаблонних вимог до комплаєнс-програм. Швидше за все, вони використовують здоровий та прагматичний підхід до оцінки комплаєнс-програм, роблячи запити, пов'язані з трьома основними питаннями:

- Чи добре розроблена комплаєнс-програма компанії?
- Чи сумлінно вона застосовується? Іншими словами, чи має програма достатні ресурси та повноваження для ефективного функціонування?
- Чи працює вона практично? [325]

Даний посібник містить інформацію про деякі основні елементи, які DOJ та SEC розглядають при оцінці комплаєнс-програм. Хоча основна увага приділяється дотриманню FCPA з огляду на існування антикорупційного законодавства в багатьох інших країнах, компаніям слід розглянути можливість розробки програм, спрямованих на дотримання антикорупційних вимог у більш широкому розумінні [326].

Характерні ознаки ефективних комплаєнс-програм

Окремі компанії можуть мати різні потреби у дотриманні нормативних вимог залежно від розміру та конкретних ризиків, пов'язаних із їхнім бізнесом, а також інших факторів. Коли йдеться про комплаєнс, не існує жодної універсальної програми. Таким чином, наведене нижче обговорення покликане дати уявлення про аспекти комплаєнс-програм, які оцінюють DOJ та SEC, визнаючи, що компанії можуть враховувати різні фактори при прийнятті власного рішення про те, що підходить для їх конкретних потреб бізнесу [327]. Насправді, малі та середні підприємства, швидше за все, матимуть інші комплаєнс-програми, ніж великі транснаціональні корпорації, і цей факт DOJ та SEC беруть до уваги при оцінці комплаєнс-програм компаній.

Комплаєнс-програми, що використовують підхід за принципом «виставляння галочок», можуть бути неефективними і, що більш важливо, нерезультативними. Оскільки кожна комплаєнс-програма повинна відповідати конкретним потребам, ризикам і проблемам організації, наведена нижче інформація не повинна розглядатися як заміна власної оцінки компанією корпоративної комплаєнс-програми, яка найкращим чином підходить для конкретної організації. Зрештою, при ретельній розробці, сумлінному впровадженні та справедливому дотриманні, комплаєнс-програма компанії — незалежно від того, наскільки велика чи мала організація — дозволить компанії в цілому запобігти порушенням, виявити порушення, які все ж таки відбулися, і усунути їх швидко і належним чином.

Зобов'язання з боку вищого керівництва та чітко сформульована політика протидії корупції

У комерційній організації комплаєнс починається з ради директорів та вищого керівництва, що задають належний тон для всієї компанії. Менеджери та працівники беруть приклад із цих корпоративних лідерів. Таким чином, DOJ і

SEC розглядають відданість корпоративних лідерів «культурі комплаєнсу» [328] і дивляться, чи зміцнюється ця прихильність на високому рівні і чи вона реалізується менеджерами середньої ланки та працівниками на всіх рівнях компанії. Добре розроблена комплаєнс-програма, яка не виконується сумлінно, наприклад, коли керівництво компанії явно чи неявно заохочує працівників до здійснення неправомірних дій для досягнення бізнес-цілей, буде неефективною. DOJ і SEC часто стикаються з компаніями, в яких комплаєнс-програми сильні на папері, але компанії мають значні порушення FCPA, тому що керівництво не змогло ефективно реалізувати програму, навіть зіткнувшись з очевидними ознаками корупції. Це може бути результатом того, що агресивний торговий персонал заважає комплаєнс-офіцерам ефективно виконувати свою роботу, а вище керівництво більше зацікавлене в отриманні цінної ділової можливості, ніж у забезпеченні культури комплаєнсу, стає на бік торгового персоналу. Чим вищі фінансові ставки в угоді, тим більше спокуса для керівництва віддати перевагу прибутку, а не комплаєнсу.

Сильна етична культура безпосередньо підтримує сильну комплаєнс-програму. Дотримуючись етичних стандартів, керівники вищої ланки надихають керівників середньої ланки на їх дотримання. Керівники середньої ланки, що дотримуються стандартів, у свою чергу, заохочуватимуть співробітників прагнути до досягнення цих стандартів у всій організаційній структурі [329].

Одним словом, дотримання FCPA та етичних правил має починатися з самого верху. Таким чином, DOJ та SEC оцінюють, наскільки чітко вище керівництво сформулювало стандарти компанії, донесло їх у недвозначних висловлюваннях, неухильно їх дотримувалося та поширило по всій організації.

Кодекс поведінки і комплаєнс-політики та процедури

Кодекс поведінки компанії часто є фундаментом, на якому будується ефективна комплаєнс-програма. Як неодноразово зазначав DOJ у своїх обвинувальних документах, найбільш ефективні кодекси є чіткими, короткими та доступними для всіх працівників та тих, хто веде бізнес від імені компанії. Дійсно, було б важко ефективно впровадити комплаєнс-програму, якби вона не була доступна місцевою мовою, щоб працівники іноземних дочірніх компаній могли отримати доступ до неї та зрозуміти її. При оцінці комплаєнс-програми DOJ і SEC перевіряють, чи зробила компанія кроки для того, щоб переконатися, що кодекс поведінки залишається актуальним та ефективним, і чи періодично компанія переглядає та оновлює свій кодекс.

DOJ та SEC також розглядатимуть питання про те, чи є в компанії політики та процедури, які визначають відповідальність за дотримання нормативних вимог у компанії, докладно описують належний внутрішній контроль, практику аудиту, політику документування та встановлюють дисциплінарні процедури. Ці види політик та процедур залежатимуть від розміру та характеру бізнесу та ризиків, пов'язаних із ним. Ефективні політики та процедури вимагають глибокого розуміння бізнес-моделі компанії, включаючи її продукти та послуги, сторонніх агентів, клієнтів, взаємодію з державними органами, а також галузеві

та географічні ризики. Ризики, які компанії необхідно враховувати, включають характер та обсяг операцій із іноземними урядами, включаючи платежі іноземним посадовим особам; використання третіх осіб; подарунки, поїздки та витрати на розваги; благодійні та політичні пожертвування; сприяння та прискорення платежів. Наприклад, деякі компанії з глобальними операціями створили веб-процеси затвердження для розгляду та затвердження звичайних подарунків, поїздок та розваг за участю іноземних посадових осіб та приватних клієнтів із чіткими грошовими лімітами та щорічними обмеженнями. Багато з цих систем мають вбудовану гнучкість, що дозволяє вищому керівництву або внутрішньому юрисконсульту отримувати інформацію і, у відповідних обставинах, затверджувати індивідуальні запити. Подібні системи можуть стати хорошим способом економії корпоративних ресурсів і, при правильному застосуванні, запобігання та виявлення потенційних порушень FCPA.

Незалежно від впровадження специфічних політик та процедур, ці стандарти повинні застосовуватись до персоналу на всіх рівнях компанії.

Нагляд, автономія та ресурси

При оцінці комплаєнс-програми DOJ та SEC також враховують, чи поклала компанія відповідальність за нагляд та реалізацію комплаєнс-програми на одного або кількох конкретних керівників вищої ланки в організації [330]. Ці особи повинні володіти відповідними повноваженнями в організації, достатньою автономією від керівництва та достатніми ресурсами, щоб забезпечити ефективне виконання комплаєнс-програми компанії [331]. Адекватна автономія зазвичай включає прямий доступ до керівного органу організації, такого як рада директорів та комітети ради директорів (наприклад, комітет з аудиту) [332]. Залежно від розміру та структури організації, можливо, доцільним є делегування повсякденних оперативних обов'язків іншим конкретним особам у компанії [333]. DOJ та SEC визнають, що структура звітності залежатиме від розміру та складності організації. Більше того, обсяг ресурсів, що виділяються на комплаєнс, залежатиме від розміру, складності, галузі, географічного охоплення та ризиків, пов'язаних із бізнесом компанії. При оцінці того, чи має компанія належний внутрішній контроль, DOJ і SEC зазвичай розглядають питання про те, чи компанія виділила достатню кількість персоналу та ресурсів на комплаєнс-програму, враховуючи розмір, структуру та профіль ризику бізнесу.

Оцінка ризиків

Оцінка ризику є основним фактором для розробки сильної комплаєнс-програми, і це ще один фактор, який DOJ та SEC враховують при оцінці комплаєнс-програми компанії [334]. Універсальні комплаєнс-програми, як правило, погано продумані та неефективні, оскільки ресурси неминуче розпоршуються, при цьому надто багато уваги приділяється ринкам та угодам з низьким рівнем ризику на шкоду областям із високим рівнем ризику. Приділення непропорційно великої кількості часу контролю за скромними розвагами та врученням подарунків замість того, щоб зосередитись на великих державних тендерах,

сумнівних платежах стороннім консультантам або надмірних знижках товарним посередникам та дистриб'юторам, може свідчити про неефективність комплаєнс-програми компанії. Контракт на 50 млн \$ із державною установою в країні з високим рівнем ризику вимагає більш ретельної перевірки, ніж скромні та звичайні подарунки та розваги. Аналогічним чином проведення однакової комплексної перевірки всіх сторонніх агентів, незалежно від факторів ризику, часто є контрпродуктивним, відволікаючи увагу та ресурси від тих третіх сторін, які становлять найбільш значні ризики. DOJ та SEC віддадуть належне компанії, яка сумлінно впроваджує комплексну, засновану на оцінці ризиків комплаєнс-програму, навіть якщо ця програма не запобігатиме порушенню в області низького ризику, оскільки більше уваги та ресурсів було приділено області вищого ризику. І навпаки, компанія, яка не змогла запобігти порушенню FCPA в економічно значущій угоді з високим ризиком, оскільки не провела належну перевірку, що відповідає розміру та ризику угоди, швидше за все, отримає нижчу оцінку якості та ефективності своєї комплаєнс-програми.

Оскільки ризик порушення FCPA для компанії зростає, їй слід розглянути питання щодо посилення комплаєнс-процедур, включаючи due diligence та періодичні внутрішні аудити. Рівень належної перевірки due diligence залежить від конкретних фактів і повинен змінюватись в залежності від галузі, країни, розміру та характеру угоди, а також способу та розміру винагороди третіх осіб. До факторів, які необхідно враховувати, належать, наприклад, ризики, пов'язані з країною та галуззю, можливостями для бізнесу, потенційними діловими партнерами, рівнем залучення до державних структур, обсягом державного регулювання та нагляду, а також схильністю до митних та імміграційних ризиків при веденні бізнесу. При оцінці комплаєнс-програми компанії DOJ і SEC беруть до уваги те, чи компанія аналізує конкретні ризики, з якими вона стикається, і в якій мірі.

Навчання та постійне консультування

Комплаєнс-політика не може працювати, якщо вона не буде чітко доведена до відома всієї компанії. Відповідно, DOJ і SEC оцінюватимуть, чи зробила компанія кроки для забезпечення того, щоб відповідні політики та процедури були доведені до відома всієї організації, у тому числі шляхом періодичного навчання та сертифікації всіх директорів, посадових осіб, відповідних співробітників і, у відповідних випадках, посередників та ділових партнерів [335]. Наприклад, багато великих компаній запровадили поєднання інтернет-навчання та очного навчання, що проводиться через різні проміжки часу. У ході такого навчання, зазвичай, розглядаються політика та процедури компанії, інструкції щодо застосовного законодавства, практичні поради щодо вирішення реальних сценаріїв та вивчення конкретних прикладів. Однак, незалежно від того, як компанія вирішить проводити навчання, інформація має бути представлена у формі, що підходить для цільової аудиторії, включаючи проведення тренінгів та надання навчальних матеріалів місцевою мовою. Наприклад, компанії можуть розглянути можливість проведення різних видів навчання для торгового персоналу

та бухгалтерського персоналу з використанням гіпотез або прикладів ситуацій, схожих на ті, з якими вони можуть зіткнутися. Окрім наявності програми навчання певного обсягу, компанія повинна розробити відповідні заходи, залежно від розміру та складності конкретної компанії, для надання рекомендацій та порад щодо дотримання етики та комплаєнс-програми, включаючи випадки, коли такі поради необхідні у терміновому порядку. Такі заходи допоможуть забезпечити розуміння та належне дотримання комплаєнс-програми на всіх рівнях компанії.

Заохочення та дисциплінарні стягнення

На додаток до оцінки розробки та реалізації комплаєнс-програми в рамках усієї організації, забезпечення виконання цієї програми є основним чинником її ефективності[336]. Комплаєнс-програма має застосовуватися усюди — від зали засідань ради директорів до відділу постачання — ніхто не повинен бути поза зоною її дії. Таким чином, DOJ та SEC перевірятимуть, чи має компанія належні та чіткі дисциплінарні процедури при застосуванні комплаєнс-програми, чи застосовуються ці процедури надійно та оперативно, а також чи є вони співрозмірними з порушеннями. Багато компаній виявили, що оприлюднення інформації про дисциплінарні покарання всередині компанії, якщо це передбачено місцевим законодавством, може мати важливий стримуючий ефект, оскільки демонструє, що неетичні та незаконні дії мають швидкі та неминучі наслідки.

DOJ та SEC визнають, що позитивні стимули також можуть сприяти поширенню комплаєнс-поведінки. Заохочення можуть приймати різні форми, такі як оцінка персоналу та просування по службі, заохочення за вдосконалення та розвиток комплаєнс-програми компанії, а також заохочення за лідерство в галузі етики та комплаєнс [337]. Деякі організації, наприклад, зробили дотримання вимог комплаєнсу важливим показником для преміювання керівництва, щоб комплаєнс став невід'ємною частиною повсякденних турбот керівництва. Крім фінансових стимулів, деякі компанії підкреслюють важливість комплаєнсу у своїх організаціях шляхом визнання заслуг фахівців з комплаєнсу та співробітників внутрішнього аудиту. Інші компанії зробили роботу в організації з комплаєнс способом кар'єрного росту працівника.

Наприклад, SEC заохочує компанії застосовувати методи стимулювання етичної та правомірної поведінки:

зробити добросовісність, етику та комплаєнс частиною процесів просування, компенсації та оцінки. Адже зрештою, найефективніший спосіб донести до співробітників, що «чинити правильно» є пріоритетом — це винагородити їх за це. І навпаки, якщо співробітників переконати, що у питаннях компенсації та кар'єрного зростання важлива лише короткострокова прибутковість, а зрізання етичних кутів є прийнятним способом досягнення цієї мети, вони діятимуть відповідно до цього. Для прикладу з іншої сфери життя: футбольному тренеру коледжу можна сказати, що головне — це показники успішності його гравців, а можна сказати, що єдиним предметом обговорення при продовженні контракту або ухваленні рішення про

його звільнення буде його власне співвідношення перемог та поразок [338]

Незалежно від того, яку дисциплінарну схему чи потенційні стимули вирішить прийняти компанія, DOJ та SEC розглядатимуть, наскільки справедливо та послідовно вони застосовуються в організації. Жоден керівник не повинен бути вищим за комплаєнс, жоден співробітник не повинен бути нижчим за комплаєнс, і жодна людина в організації не повинна вважатися надто цінною, щоб до неї не застосовувалися дисциплінарні заходи, якщо це виправдано. Винагорода за хорошу поведінку та покарання за погану поведінку зміцнює культуру комплаєнсу та етики у всій організації.

Перевірка (Due Diligence) третіх сторін і платежі третім сторонам

Правозастосовні дії DOJ і SEC щодо FCPA демонструють, що треті сторони, включаючи посередників, консультантів та дистриб'юторів, зазвичай, використовуються для приховування виплати хабарів іноземним посадовим особам у міжнародних ділових операціях. У роботі з третіми сторонами особливо важлива комплексна перевірка (due diligence), що ґрунтується на оцінці ризиків, яка також враховується DOJ та SEC при оцінці ефективності комплаєнс-програми компанії.

Хоча рівень належної due diligence може змінюватись в залежності від галузі, країни, розміру та характеру угоди, а також історичних відносин із третьою стороною, проте деякі керівні принципи завжди застосовні.

По-перше, в рамках комплексної перевірки на основі оцінки ризиків компанії повинні розуміти кваліфікацію та асоціацію своїх сторонніх партнерів, включаючи їхню ділову репутацію та відносини, якщо такі є, з іноземними посадовими особами. Рівень перевірки має зростати у міру появи тривожних сигналів.

По-друге, компанії повинні мати уявлення про бізнес-обґрунтування для включення третьої сторони до угоди. Крім іншого, компанія повинна розуміти роль та необхідність третьої сторони та переконатися, що умови договору конкретно описують послуги, які мають бути виконані. Додаткові міркування включають умови оплати і те, як ці умови порівнюються з типовими умовами у цій галузі та країні, а також час впровадження третьої сторони у бізнес. Крім того, компанії можуть захотіти підтвердити і задокументувати, що третя сторона дійсно виконує роботу, за яку їй платять, і що її винагорода співмірна з роботою, яка виконується.

По-третє, компанії повинні здійснювати певну форму постійного моніторингу відносин із третіми сторонами [339]. У відповідних випадках це може включати періодичне оновлення due diligence, використання права на аудит, періодичне навчання та вимога щорічної сертифікації по комплаєнсу третьою стороною.

Крім розгляду питань due diligence компанії щодо третіх осіб, DOJ та SEC також оцінюють, чи поінформувала компанія треті сторони про свою комплаєнс-програму та прихильність до етичних та законних методів ведення бізнесу, а також, у відповідних випадках, чи заручилася вона гарантіями від третіх сторін (через сертифікацію чи іншим чином) про взаємні зобов'язання. Це може

стати ефективним методом зниження ризику третіх сторін.

Гіпотетична ситуація: Перевірка третіх сторін

ЧАСТИНА 1. КОНСУЛЬТАНТИ

Компанія А, американський емітент зі штаб-квартирою в штаті Делавер, хоче розпочати бізнес у країні, де високий ризик корупції. Компанія А дізнається про потенційний контракт на 50 млн \$ із Міністерством імміграції країни. Це дуже приваблива можливість для Компанії А як з точки зору прибутковості, так і з точки зору відкриття дверей для майбутніх проєктів з урядом. На пропозицію старшого віцепрезидента компанії з міжнародних продажів (Sales Executive), Компанія А наймає місцевого бізнесмена, який запевняє їх, що має тісні зв'язки з політичними та урядовими лідерами в країні та може допомогти їм виграти контракт. Компанія А укладає з місцевим бізнесменом (консультантом) договір про консультування. Договір зобов'язує консультанта докласти всіх зусиль, щоб допомогти компанії виграти контракт, і передбачає, що консультант отримуватиме значний щомісячний гонорар, а також винагороду за успіх у розмірі 3% вартості будь-якого контракту, який виграє компанія.

Які кроки повинна зробити Компанія А, перш ніж найняти Консультанта?

Існує кілька факторів, які можуть спонукати Компанію А провести посилену процедуру due diligence щодо відповідності вимогам FCPA перед наймом Консультанта: (1) ринок (країна підвищеного ризику); (2) обсяг і значимість угоди для компанії; (3) компанія вперше вдається до послуг цього консультанта; (4) тісні зв'язки консультанта з політичними та урядовими лідерами; (5) структура винагороди за успіх контракту; та (6) нечітко визначені послуги, які мають бути надані. Щоб мінімізувати ймовірність настання відповідальності за FCPA, Компанія А повинна ретельно перевірити консультанта та його роль в угоді, включаючи ретельне вивчення відносин між консультантом та будь-якими посадовими особами Міністерства імміграції або іншими державними чиновниками. Хоч в укладанні контракту з третьою стороною, яка має тісні зв'язки з політиками та державними чиновниками, щодо надання законних послуг немає нічого протизаконного, проте такий тип відносин може бути пов'язаний з корупцією. Крім того, Компанія А може розглянути можливість проведення належної перевірки консультанта, включаючи перевірку біографії та рекомендацій; забезпечення того, щоб у контракті було точно зазначено, які послуги та результати (наприклад, письмові звіти про стан справ чи іншу документацію) надає консультант; навчання консультанта з FCPA та інших антикорупційних законів; вимоги до консультанта підтвердити, що він дотримуватиметься FCPA та інших антикорупційних законів; включення до договору права на аудит (і використання цього права); та забезпечення того, щоб платежі, запитувані Консультантом, мали належну супровідну доку-

ментацію до того, як вони будуть погоджені до сплати.

ЧАСТИНА 2: ДИСТРИБ'ЮТОРИ ТА МІСЦЕВІ ПАРТНЕРИ

Припустимо наступні альтернативні факти:

Замість того, щоб найняти консультанта, Компанія А наймає місцевого дистриб'ютора (Дистриб'ютора), з яким часто працює, для продажу продукції Компанії А Міністерству імміграції. У ході переговорів про структуру ціноутворення Дистриб'ютор, який представив проєкт Компанії А, стверджує, що стандартна ціна зі знижкою для Дистриб'ютора створює недостатню маржу для покриття витрат на складування, розподіл, установку, маркетинг та навчання, та просить додаткову знижку чи пільгу, або, як альтернативу, внесок у його маркетингові зусилля, або у вигляді одноразової суми, або у вигляді відсотка від загальної суми контракту. Запитувана знижка/пільга значно більша, ніж зазвичай, хоча у Компанії А є прецедент надання такого рівня знижки в особливих обставинах. Дистриб'ютор також повідомляє Компанії А, що посадові особи Міністерства, відповідальні за укладання контракту, висловилися за включення до угоди певної місцевої компанії (Місцевий партнер) як субпідрядника Компанії А для виконання робіт із встановлення, навчання та інших послуг, які зазвичай виконуються Дистриб'ютором Компанії А. За словами Дистриб'ютора, у Міністерства склалися міцні робочі відносини з Місцевим партнером, і для Місцевого партнера буде легше виконувати більшу частину робіт на місці в Міністерстві. Один із керівників (Керівник 1) Місцевого партнера є чиновником в іншому міністерстві.

Які додаткові аспекти комплаєнсу виникають у зв'язку з цими альтернативними фактами?

Як і у випадку з Консультантом у першому сценарії вище, Компанія А повинна ретельно перевірити Дистриб'ютора та Місцевого партнера та їх ролі в угоді, щоб мінімізувати можливість настання відповідальності за FCPA. Незважаючи на те, що у Компанії А вже склалися відносини з Дистриб'ютором, той факт, що Дистриб'ютор запросив додаткову знижку, вимагає подальшого вивчення економічного обґрунтування змін, особливо якщо, як у даному випадку, пропонується структура угоди передбачає оплату Місцевому партнеру за надання багатьох послуг, які надав би Дистриб'ютор без участі цього партнера. У багатьох випадках може бути доцільним, щоб дистриб'ютори отримували великі знижки для врахування особливих обставин у конкретних угодах. Проте поширеним механізмом створення додаткової маржі для виплати хабаря є надання надмірних знижок чи пільг дистриб'юторам. Відповідно, коли компанія має вже установлені відносини з дистриб'юторами та іншими третіми сторонами, комплексна перевірка конкретної угоди, включаючи аналіз умов оплати для підтвердження того, що оплата порівнянна з роботою, що виконується, може мати вирішальне значення навіть у тих випадках, коли комплексна перевірка дистриб'ютора чи іншої третьої сторони не викликала спочатку ніяких тривожних сигналів.

Компанії А слід ретельно вивчити взаємовідносини між місцевим партне-

ром, дистриб'ютором та співробітниками Міністерства імміграції. Хоча в укладанні контракту з третьою стороною, рекомендованою кінцевим користувачем, або навіть у наймі державного чиновника для виконання законних послуг по угоді, не пов'язаних з його чи її роботою, немає нічого протизаконного, ці факти викликають додаткові тривожні сигнали, які потребують ретельного вивчення. Крім усього іншого, Компанії А було б доцільно вимагати від Керівника 1 підтвердити, що він не відіграватиме жодної ролі у рішенні Міністерства імміграції про присудження контракту Компанії А, повідомити Міністерство імміграції та своє власне міністерство про свою передбачувану участь в угоді, а також підтвердити, що він дотримуватиметься FCPA та інших антикорупційних законів і що його участь в угоді дозволена місцевим законодавством.

Припустимо наступні додаткові факти:

Відповідно до політики компанії щодо проведення урядової угоди такого розміру Компанії А потрібно схвалення як фінансового відділу, так і служби комплаєнс. Спеціаліст з фінансів стурбований тим, що знижки дистриб'ютору значно більші, ніж ті, які вони затверджували для аналогічних робіт, і занадто сильно скоротять норму прибутку Компанії А. Спеціаліст з фінансів також скептично ставиться до залучення місцевого партнера для виконання таких самих послуг, за які Компанія А платить Дистриб'ютору. Не задовільнившись поясненнями Керівника відділу продажу, вона просить про зустріч з Дистриб'ютором та Керівником 1. На зустрічі Дистриб'ютор та Керівник 1 пропонують розпливчасті та непослідовні обґрунтування платежів і не надають жодного підтверджувального аналізу, а Керівник 1 схоже не має ніякого досвіду в галузі. Під час кави-перерви Дистриб'ютор коментує Керівнику відділу продажу, що спеціаліст із фінансів дуже наївний щодо розуміння того, «як ведеться бізнес у моїй країні». Після зустрічі Керівник відділу продажу відкидає побоювання спеціаліста з фінансів, запевняючи її, що запропонована структура угоди є розумною та законною. Керівник відділу продажу також нагадує спеціалісту з фінансів, що «ця угода є ключовою для їхнього росту в галузі».

Комплаєнс-офіцер зосереджує due diligence на аналізі Дистриб'ютора та Місцевого партнера та наймає фірму, яка займається бізнес-розслідуваннями для проведення перевірки ділової репутації. Дистриб'ютор є авторитетним, дієздатним і фінансово стабільним, готовим взяти на себе реальні фінансові та інші ризики у проєкті. Проте комплаєнс-офіцер дізнається, що Дистриб'ютор відкрив офшорний банківський рахунок для проведення операції.

Далі комплаєнс-офіцер дізнається, що бізнес Місцевого партнера був організований два роки тому і виглядає фінансово стабільним, але не має досвіду у цій галузі та створив офшорну підставну компанію та банківський рахунок для проведення цієї угоди. Перевірка біографічних даних також показала, що Керівник 1 — колишній сусід по кімнаті у коледжі високопосадовця Міністерства імміграції. Керівник відділу продажу відкидає побоювання комплаєнс-офіцера, заявляючи, що те, що Місцевий партнер робить зі своїми платежами, «не наша проблема». Керівник відділу продажу також рішуче заперечує проти прохання комплаєнс-офіцера зустрітись з Керівником 1 для обговорення офшорної компанії та рахунку, запевняючи його, що це

було зроблено з законною податковою метою, і скаржачись, що якщо Компанія А продовжить «переслідувати» Місцевого партнера та Дистриб'ютора, вони співпрацюватимуть із головним конкурентом Компанії А. Комплаєнс-офіцер і спеціаліст із фінансів обговорюють один з одним свої побоювання, але, зрештою, підписують угоду, незважаючи на те, що відповіді на їхні запитання не було отримано. Їхнє рішення значною мірою мотивоване розмовою з Керівником відділу продажу, який сказав їм, що це найважливіший контракт для регіону і що докладні анкети FCPA та надійні антикорупційні положення у контрактах покладають на Дистриб'ютора та Місцевого партнера обов'язок діяти відповідно до етичних норм.

Компанія А продовжує укладати угоди з Дистриб'ютором та Місцевим партнером та виграє контракт через шість місяців. Спеціаліст з фінансів затверджує платежі Компанії А Місцевому партнеру через офшорний рахунок, незважаючи на те, що рахунки Місцевого партнера не містили підтверджуючих деталей та супровідних документів про якісь надані послуги. Компанія А відобразила платежі у бухгалтерських документах, як законні операційні витрати. Керівник відділу продажу отримав велику премію за підсумками року у зв'язку із укладанням контракту. Насправді, Місцевий партнер та Дистриб'ютор використовували частину платежів та дисконтну маржу, відповідно, для передачі хабарів кільком чиновникам Міністерства імміграції, включаючи колишнього сусіда Керівника 1 по кімнаті в коледжі, в обмін на підписання контракту з Компанією А. Тисячі доларів також було переведено на особистий офшорний банківський рахунок Керівника відділу продажу.

Як DOJ та SEC оцінюють потенційну відповідальність Компанії А та її співробітників за порушення FCPA?

Це не той випадок, коли один «співробітник-шахрай» обійшов надійну комплаєнс-програму. Незважаючи на те, що спеціаліст з фінансів та комплаєнс-офіцер Компанії А правильно відчувли необхідність ретельно вивчити структуру та економіку угоди, а також роль третіх сторін, їхня due diligence була неповною. Коли початковий запит виявив значні «червоні прапорці», вони схвалили угоду, незважаючи на те, що знали, що їхні питання залишилися без відповіді чи отримані відповіді викликали додаткові побоювання та «червоні прапорці». Покладатися на анкети due diligence та антикорупційні зобов'язання недостатньо, особливо коли ризики є очевидними. Ні Компанія А, ні її співробітники не можуть убезпечити себе від відповідальності, оскільки платежі здійснювалися не безпосередньо Компанією А, а Дистриб'ютором та Місцевим партнером.

Факти свідчать про те, що Керівник відділу продажу знав чи усвідомлено заплющував очі на те, що консультант платив хабарі. Він також особисто отримав вигоду з цієї схеми (як з «відкату», так і з бонусу, який він отримав від компанії) і навмисно перешкоджав тому, щоб фахівці з фінансів та комплаєнсу дізналися про всю «історію». Тому Керівник відділу продажу підлягає відповідальності згідно з положеннями FCPA про боротьбу з хабарництвом, щодо бухгалтерської звітності та внутрішнього контролю. Також нести відповідальність можуть й інші особи. Компанія А також може нести відповідальність за порушення положень FCPA про боротьбу з хабарництвом, бухгалтерський облік та внутрішній контроль, враху-

ючи кількість та значущість тривожних сигналів, які вказували на високу ймовірність хабарництва, а також роль співробітників та агентів-посередників, що діють від імені компанії.

Конфіденційне звітування та внутрішнє розслідування

Ефективна комплаєнс-програма повинна включати механізм, що дозволяє співробітникам організації та іншим особам повідомляти про передбачувані або фактичні неправомірні дії, або порушення політик компанії на конфіденційній основі і без страху переслідування [340]. Компанії можуть використовувати, наприклад, анонімні гарячі лінії чи омбудсменів. Більше того, після отримання заяви компанії повинні мати ефективний, надійний та належним чином фінансований процес розслідування заяви та документування реакції компанії, включаючи будь-які вжиті дисциплінарні заходи чи заходи щодо виправлення ситуації. Компаніям слід врахувати «уроки», здобуті з будь-яких повідомлень про порушення та результати розслідування, щоб удосконалити свій внутрішній контроль та комплаєнс-програму та, за необхідності, зосередити навчання на таких питаннях у майбутньому.

Безперервне вдосконалення: Регулярне тестування та аналіз

Зрештою, хороша комплаєнс-програма повинна постійно розвиватися. Бізнес компанії змінюється з часом, як і середовище, в якому вона працює, характер її клієнтів, закони, що регулюють її дії, та стандарти галузі. Крім того, комплаєнс-програми, які існують не тільки на папері, а й виконуються на практиці, неминуче виявляють слабкі місця та потребують удосконалення. Отже, DOJ та SEC оцінюють, чи регулярно компанії аналізують та вдосконалюють свої комплаєнс-програми і не допускають їх старіння.

Організація повинна приділяти час аналізу та перевірці своїх механізмів контролю, а також критично оцінювати свої потенційні недоліки та зони ризику. Наприклад, деякі компанії проводять опитування співробітників, щоб оцінити комплаєнс-культуру та силу внутрішнього контролю, визначити кращі практики та виявити нові зони ризику. Інші компанії періодично перевіряють свої механізми внутрішнього контролю за допомогою цільових аудитів, щоб переконатися, що механізми контролю, заявлені на папері, працюють на практиці. DOJ та SEC нададуть належну оцінку продуманим зусиллям по створенню сталої програми комплаєнсу, якщо проблема буде виявлена пізніше. Аналогічно, проведення профілактичного оцінювання до того, як проблема виникне, може знизити застосовний діапазон покарань відповідно до Керівних настанов із призначення покарань у США [341]. Хоча характер і частота проведення профілактичних оцінювань можуть відрізнятися залежно від розміру та складності організації, ідея, що лежить в основі таких зусиль, залишається незмінною: постійне вдосконалення та сталість [342].

Злиття та поглинання: комплексна перевірка (due diligence) перед поглинанням та інтеграція після поглинання

У контексті FCPA, злиття та поглинання є як ризиками, так і можливостями. Компанія, яка не проведе належної перевірки (due diligence) FCPA перед злиттям

або поглинанням, може зіткнутися як з юридичними, так і з діловими ризиками [343]. Можливо, найчастіше недостатня due diligence може призвести до продовження хабарництва в компанії з усіма наслідками для прибутковості та репутації компанії, а також потенційною цивільною та кримінальною відповідальністю.

І навпаки, компанії, які проводять ефективну перевірку (due diligence) FCPA щодо об'єктів поглинання, можуть точніше оцінити вартість кожного об'єкта та домовитися про те, щоб відповідальність за витрати, пов'язані з підкупом, лягла на об'єкт поглинання. Крім того, такі дії демонструють DOJ і SEC прихильність компанії до комплаєнсу та враховуються при оцінці будь-якої потенційної правозастосовної дії. Наприклад, DOJ і SEC відмовилися вживати правозастосовних заходів проти емітента, який поглинав об'єкт, коли емітент, серед іншого, виявив корупцію в компанії в рамках due diligence, забезпечив добровільне розкриття корупції уряду, співпрацював з розслідуванням і включив придбану компанію до своєї комплаєнс-програми і системи внутрішнього контролю. З іншого боку, SEC вжила заходів проти придбаної компанії, а DOJ вжило заходів проти дочірньої компанії придбаної компанії [344]. У випадках, коли проведення належної перевірки (due diligence) перед придбанням неможливе, DOJ описав процедури, що містяться у Заключенні № 08-02, згідно з яким компанії все ж можуть отримати перевагу, якщо вони вирішать провести due diligence FCPA після придбання [345].

Однак, перевірка due diligence FCPA, як правило, є лише частиною комплаєнс-процесу при злиттях та поглинаннях. DOJ та SEC оцінюють, чи включила компанія-покупець придбану компанію у всі свої механізми внутрішнього контролю, у тому числі до комплаєнс-програми. Компанії повинні розглянути можливість навчання нових співробітників, переоцінки третіх сторін відповідно до стандартів компанії та, за необхідності, проведення аудиту нових бізнес-підрозділів.

Наприклад, у результаті перевірки due diligence, проведеної каліфорнійським емітентом перед придбанням контрольного пакету акцій спільного підприємства, емітент дізнався про корупційні платежі для отримання можливості ведення бізнесу. Однак емітент запровадив систему внутрішнього контролю лише «наполовину», щоб «не задушити двигун продажу та не відволікати продавців». У результаті неправомірні платежі тривали, і емітент був притягнутий до відповідальності за порушення положень FCPA про внутрішній контроль та бухгалтерський облік [346].

Розслідування, аналіз та усунення наслідків неправомірної поведінки

Найкращим показником ефективності комплаєнс-програми є те, як вона реагує на неправомірні дії. Відповідно, щоб комплаєнс-програма була дійсно ефективною, вона повинна мати функціональний фінансово забезпечений механізм для своєчасного і ретельного розслідування будь-яких звинувачень або підозр у неправомірних діях з боку компанії, її співробітників чи агентів (посередників). Ефективна структура розслідувань також повинна включати встановлені механізми документування реагування компанії на неправомірні дії, включаючи будь-які вжиті дисциплінарні заходи та заходи з виправлення ситуації.

Окрім наявності механізму реагування на конкретні випадки неправомірної поведінки, програма компанії повинна також враховувати «уроки», здобуті з будь-

якої неправомірної поведінки, у політиках, навчанні та контролі компанії. Для цього компанії необхідно аналізувати основні причини неправомірної поведінки, щоб своєчасно та належним чином усувати ці причини для запобігання порушенням комплаєнсу в майбутньому.

Інші методичні рекомендації з комплаєнсу та кращих міжнародних практик

На додаток до цього посібника DOJ опублікував методичні рекомендації щодо оцінки корпоративних комплаєнс-програм [347]. Оцінка корпоративних комплаєнс-програм покликана допомогти прокурорам у прийнятті обґрунтованих рішень про те, чи була і якою мірою комплаєнс-програма корпорації ефективною на момент вчинення правопорушення, і чи є вона ефективною на момент винесення обвинувального рішення чи постанови, з метою визначення відповідної: (1) форми ухвали або судового переслідування; (2) грошового штрафу, якщо такий передбачений; та (3) зобов'язань щодо комплаєнсу, що містяться в будь-якому корпоративному кримінально-правовому приписі (наприклад, зобов'язання щодо моніторингу чи звітності). Рекомендації DOJ щодо комплаєнсу дають компаніям уявлення про те, які питання задають прокурори для оцінки та аналізу комплаєнс-програми компанії.

Крім того, Міністерство торгівлі та Державний департамент США випустили публікації, які містять методичні вказівки щодо комплаєнс-програм. Управління міжнародної торгівлі Міністерства торгівлі опублікувало книгу «Ділова етика: Посібник з управління відповідальним підприємством у країнах, що розвиваються» [348], а Державний департамент США видав публікацію «Боротьба зі світовою корупцією: Управління бізнес-ризиками» [349].

Крім того, на міжнародному рівні формується консенсус щодо кращих практик комплаєнс, і низка міжурядових та неурядових організацій випустила методичні рекомендації з кращих практик у сфері комплаєнсу [350]. Зокрема, Рекомендації ОЕСР по боротьбі з хабарництвом 2009 року та Додаток II до них, Рекомендації з належної практики внутрішнього контролю, етики та комплаєнс [351], опубліковані в лютому 2010 року, були розроблені на основі консультацій з приватним сектором та громадянським суспільством і спрямовані на забезпечення ефективних програм комплаєнс та заходів щодо запобігання та виявлення іноземного хабарництва. Крім того, компанії можуть звернутися до таких ресурсів:

- Азіатсько-Тихоокеанське економічне співробітництво - Антикорупційний кодекс поведінки для бізнесу [352]
- Міжнародна торгова палата — Правила МТП щодо боротьби з корупцією [353]
- Transparency International — Принципи протидії хабарництву для бізнесу [354]
- Глобальний договір ООН — Десять принципів [355]
- Світовий банк — Посібник із дотримання принципів доброчесності [356]
- Всесвітній економічний форум — Партнерство проти корупції-Принципи протидії хабарництву [357]

Розгляд прикладу дії комплаєнс-програми

Дії DOJ та SEC, пов'язані з угодами фінансової установи з нерухомістю з державною установою в Китаї, ілюструють переваги впровадження та забезпечення дотримання комплексної комплаєнс-програми, що ґрунтується на оцінці ризиків. Справа стосувалася інвестицій у нерухомість спільного підприємства в районі Лувань Шанхая, Китай, між фінансовою установою, розташованою в США, та державною організацією, яка функціонувала як районний підрозділ, що займається нерухомістю. Державна організація здійснювала угоди через дві компанії спеціального призначення («SPV»), причому друга SPV придбала частку 12% в проєкті нерухомості.

Фінансова установа, використовуючи ефективну комплаєнс-програму, часто проводила навчання своїх співробітників, запровадила комплексний процес затвердження платежів, спрямований на запобігання хабарництву, та створила відділ комплаєнс із прямим підпорядкуванням раді директорів. Враховуючи галузь, ринок, а також розмір та структуру угод, фінансова установа (1) провела широку підготовку з FCPA для вищих керівників, відповідальних за угоди, та (2) провела велику due diligence щодо угод, місцевого органу влади та SPV. Перевірка юридичної особи включала вивчення документів Китаю; бесіди з джерелами, знайомими із ринком нерухомості Шанхая; перевірку платіжних документів та кредитних рекомендацій державної установи; відвідування офісу установи на місці та попередній телефонний дзвінок до офісу установи; пошук джерел у ЗМІ; та перевірку біографічних даних керівників установи. Фінансова установа перевірила SPV, отримавши листа з інформацією про банківський рахунок від китайського чиновника, пов'язаного з державним органом («Китайський чиновник»); скориставшись послугами міжнародної юридичної фірми для запиту та перевірки 50 документів у канадського адвоката SPVs; провівши інтерв'ю з адвокатом; та опитавши керівництво SPVs.

Незважаючи на наявність у фінансовій установі надійної комплаєнс-програми та її сумлінне виконання, компанія не дізналася, що китайський чиновник особисто володів майже 50% акцій другого SPV (і, отже, майже 6% акцій спільного підприємства) та що SPV використовувалося як засіб для корупційних платежів. Ця невдача була значною мірою зумовлена неправдивими твердженнями китайського урядовця, керівника фінансової установи, відповідального за проєкт, та юриста компанії про те, що компанія на 100% належить та контролюється державним органом. DOJ та SEC відмовилися вживати заходів щодо фінансової установи, а її керівник визнав себе винним у змові з метою порушення положень FCPA про внутрішній контроль, а також уклав мирову угоду з SEC.

Частина 6

ПОКАРАННЯ, САНКЦІЇ ТА ЗАСОБИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ FCPA

ЯКІ ПОТЕНЦІЙНІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ FCPA?

FCPA передбачає різні кримінальні покарання та цивільно-правові стягнення для компаній та приватних осіб.

КРИМІНАЛЬНІ ПОКАРАННЯ

За кожне порушення положень про боротьбу з хабарництвом згідно з FCPA на компанії та інші комерційні організації накладається штраф у розмірі до 2 млн \$ [358]. На фізичних осіб, включаючи посадових осіб, директорів, акціонерів та агентів компаній, накладається штраф у розмірі до 250 тис. \$ та позбавлення волі на строк до п'яти років [359].

За кожне порушення положень про облік FCPA передбачає, що корпорації та інші бізнес-єдиниці можуть бути оштрафовані на суму до 25 млн \$ [360]. Фізичні особи можуть бути оштрафовані на суму до 5 млн \$ та позбавлені волі на строк до 20 років [361].

Відповідно до Закону про альтернативні штрафи, 18 U.S.C. § 3571(d), суди можуть накладати значно вищі штрафи, ніж передбачені FCPA, аж до дворазового перевищення вигоди, отриманої відповідачем внаслідок здійснення корупційного платежу, за умови, що факти, які обґрунтовують збільшення штрафів, включені до обвинувального висновку або доведені присяжним поза всяким сумнівом, або визнані під час процедури визнання провини [362]. Штрафи, накладені на фізичних осіб, не можуть бути сплачені їх роботодавцем або директором [363].

Керівні настанови із призначення покарань у США

При розрахунку покарань за порушення FCPA DOJ у всіх своїх рішеннях, включаючи визнання провини, DPA та NPA, орієнтується на Керівні настанови із призначення покарань США (Настанови) [364]. Ці Настанови містять дуже докладну та зрозумілу структуру для розрахунку покарань за всі федеральні злочини, включаючи порушення FCPA. Для визначення відповідного покарання спочатку розраховується «рівень злочину» шляхом вивчення тяжкості злочину та фактів, характерних для даного злочину, з відповідними зменшеннями за співпрацю та прийняття відповідаль-

ності, а для бізнес-одиниць — з урахуванням додаткових факторів, таких як добровільне розкриття інформації, існування комплаєнс-програми та ліквідація наслідків.

Керівні настанови передбачають різні покарання за різні положення FCPA. Початковий рівень правопорушення за порушення положень про боротьбу з хабарництвом визначається за § 2C1.1, а порушення положень про фінансовий облік оцінюються за § 2B1.1. Для окремих осіб початковий рівень правопорушення змінюється з урахуванням факторів, викладених у розділах 3, 4 та 5 Настанов [365], щоб визначити остаточний рівень правопорушення. Цей остаточний рівень правопорушення у поєднанні з іншими факторами використовується для визначення того, чи рекомендують Настанови позбавлення волі, тривалість будь-якого строку позбавлення волі та відповідний розмір штрафу. Для компаній рівень правопорушення змінюється з урахуванням чинників, притаманних організаціям, як описано у Розділі 8, визначення відповідного організаційного покарання.

Наприклад, порушення положень про боротьбу з хабарництвом розраховуються відповідно до § 2C1.1. Рівень злочину визначається шляхом визначення базового рівня [366]; додавання додаткових рівнів на основі конкретних характеристик злочину, включаючи те, чи злочин був пов'язаний з декількома хабарями, величина хабаря або отриманої вигоди, а також рівень державного чиновника [367]; коригування рівня злочину на основі ролі відповідача у злочині [368]; та використання загального рівня злочину, а також категорії кримінальної історії відповідача для визначення рекомендованого діапазону [369]. Для порушень положень бухгалтерського обліку, що оцінюються за § 2B1.1, процедура в цілому така сама, за винятком того, що конкретні характеристики злочину відрізняються. Наприклад, при порушенні положень FCPA про бухгалтерський облік рівень злочину може бути підвищений, якщо істотна частина схеми мала місце за межами США або якщо відповідач був посадовою особою або директором публічної компанії на момент скоєння злочину [370].

Для компаній рівень злочину розраховується відповідно до §§ 2C1.1 або 2B1.1 так само, як і для окремих осіб, — починаючи з базового рівня злочину та підвищуючи його залежно від будь-яких відповідних специфічних характеристик злочину. Проте керівні настанови для організацій, що містяться в главі 8, забезпечують структуру для визначення остаточного діапазону штрафів для організацій. Базовий штраф складається з найбільшої суми, що відповідає загальному рівню правопорушення, розрахованому відповідно до Керівних настанов, або матеріального прибутку чи збитків від правопорушення [371]. Цей базовий штраф потім множиться на коефіцієнт винуватості, який може зменшити штраф до п'яти відсотків від базового штрафу, або збільшити рекомендований штраф до чотириразового розміру базового штрафу [372]. Як описано в § 8C2.5, цей коефіцієнт винуватості розраховується з урахуванням численних факторів, таких як розмір організації, яка вчинила злочинні дії; залученість у злочинну діяльність як толерантність до неї з боку високопоставлених працівників організації; попередні неправомірні дії або обструктивна поведінка. Коефіцієнт винуватості знижується, якщо в організації була ефективна комплаєнс-програма для запобігання порушенням, і якщо організація добровільно розкрила правопорушення, співпрацювала у розслідуванні та взяла на себе відповідальність за злочинну поведінку [373].

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СТЯГНЕННЯ

Хоча тільки DOJ має право порушувати кримінальні справи, і DOJ, і SEC мають повноваження щодо цивільного правозастосування відповідно до FCPA. DOJ може подавати цивільні позови за порушення антикорупційного законодавства вітчизняними концернами (та їх посадовими особами, директорами, співробітниками, агентами або акціонерами) та іноземними громадянами та компаніями за порушення, вчинені на території США, а SEC може подавати цивільні позови проти емітентів та їх посадових осіб, директорів, співробітників, агентів або акціонерів за порушення положень про боротьбу з хабарництвом та бухгалтерський облік [374].

За порушення положень про боротьбу з хабарництвом компанії та бізнес-одиноці підлягають цивільно-правовому стягненню у розмірі до 21410 \$ за кожне порушення [375]. Фізичні особи, включаючи співробітників, директорів, акціонерів та агентів компаній, також підлягають цивільно-правовому стягненню у розмірі до 21 410 \$ за порушення [376], яке не може бути виплачене їх роботодавцем або керівником [377].

За порушення положень про бухгалтерський облік в окружному суді SEC може накласти цивільно-правове стягнення у розмірі, що не перевищує (а) валову суму матеріальної вигоди відповідача внаслідок порушення або (б) певного долларового обмеження. Зазначені долларові обмеження залежать від характеру порушення та потенційного ризику для інвесторів і становлять від 9 639 \$ до 192 768 \$ для фізичної особи та від 96 384 \$ до 963 837 \$ для компанії [378]. SEC може стягнути цивільні штрафи як у рамках позовів, поданих до федерального суду, так і в рамках адміністративного провадження [379].

КОНФІСКАЦІЯ ТА ПОВЕРНЕННЯ ПРИБУТКІВ ВІД ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

На додаток до кримінального та цивільно-правового покарання у компанії можуть конфіскувати надходження від злочинної діяльності або у компанії може вимагатися повернути (відшкодувати) прибуток, отриманий від злочинної діяльності. У той час, як метою штрафу або пені є покарання та стримування неправомірних дій, метою конфіскації та повернення прибутків від злочинної діяльності є повернення порушника у той самий стан, у якому він перебував до скоєння злочину, гарантуючи, що він не отримає прибутку від неправомірних дій. Проте у справі «Кокеш проти SEC» (Kokesh v. SEC) Верховний суд ухвалив, що на цивільно-правовий засіб повернення прибутків від злочинної діяльності поширюється той самий п'ятирічний термін давності, що й на штраф відповідно до 28 U.S.C. § 2462. Після Кокеша, у справі «SEC проти Лю» (SEC v. Liu), суд знову розглянув питання про повернення прибутків від злочинної діяльності, заявивши, що «суди справедливості регулярно позбавляють правопорушників їхнього чистого прибутку від незаконної діяльності», і ухваливши, що повернення прибутків від злочинної діяльності є допустимим засобом справедливості, якщо воно не перевищує чистий прибуток правопорушника і присуджується на користь потерпілих [380].

УЗГОДЖЕННЯ РІШЕНЬ

При вирішенні справ проти компаній DOJ і SEC прагнуть уникнути накладення дублюючих штрафів, конфіскацій та компенсацій за одні й ті ж діяння. DOJ та SEC намагаються аналогічним чином зарахувати штрафи, пені, конфіскацію та вилучення прибутків від злочинної діяльності, накладені іноземними органами, які ведуть справи проти однієї і тієї ж компанії за одні й ті ж діяння. У справі бразильської нафтохімічної компанії, акції якої котируються на біржі, DOJ, SEC, бразильські та швейцарські державні органи взаємодіяли при накладенні штрафів та вилученні прибутків від злочинної діяльності [381].

ДОДАТКОВІ НАСЛІДКИ

Крім кримінальних та цивільних покарань, описаних вище, фізичні особи та компанії, що порушили FCPA, можуть зіткнутися зі значними побічними наслідками, включаючи зупинення або позбавлення права укладати контракти з федеральним урядом, перехресна заборона багатосторонніми банками розвитку, а також зупинення чи анулювання певних експортних привілеїв.

Заборона діяльності/дискваліфікація

Відповідно до федеральних правил, що регулюють закупівлі, фізична особа або компанія, що порушили FCPA або інші кримінальні закони, можуть бути позбавлені права співпрацювати з федеральним урядом. Федеральні правила закупівель (FAR) передбачають можливість призупинення діяльності або дискваліфікацію компаній, що уклали контракт з урядом, у разі засудження або винесення вироку за хабарництво, фальсифікацію або знищення записів, складання хибних заяв або «вчинення будь-якого іншого правопорушення, що вказує на відсутність ділової доброчесності або ділової чесності, яка серйозно та безпосередньо впливає на поточну відповідальність державного підрядника або субпідрядника» [385]. Ці заходи не є каральними і можуть бути застосовані тільки в тому випадку, якщо вони «в інтересах громадськості і заради захисту уряду» [386].

Відповідно до FAR, рішення про дискваліфікацію або призупинення діяльності є дискреційними. Рішення приймаються не прокурорами DOJ чи співробітниками SEC, а незалежними дискваліфікаційними органами, що встановлюють заборону діяльності в кожному відомстві, наприклад, у Міністерстві оборони чи Адміністрації загальних служб, які аналізують низку факторів, щоб визначити, чи слід призупинити, заборонити чи іншим чином позбавити компанію права укладати державні контракти. До таких факторів належить наявність у підрядника ефективних систем внутрішнього контролю, своєчасне повідомлення про неправомірні дії та вжиття заходів щодо виправлення ситуації [387]. Якщо причина для заборони існує, на підрядника покладається тягар демонстрації посадовцю, відповідальному за заборону, що він на даний час несе відповідальність і що заборона не є необхідною [388]. Кожен федеральний департамент та відомство визнають правомочність підрядників, з якими вони мають справу. Однак, якщо один

департамент або відомство дискваліфікує або призупиняє діяльність підрядника, дискваліфікація або призупинення поширюється на всю виконавчу владу федерального уряду, якщо тільки департамент або відомство не надасть переконливі причин не відсторонювати або не зупиняти діяльність підрядника [389].

Хоча визнання провини, DPA та NPA не призводять до автоматичного усунення від участі у державних контрактах США, скоєння федерального злочину та фактичні визнання вини, що лежать в основі рішення, є факторами, які можуть бути розглянуті незалежними дискваліфікаційними органами. Більше того, сам по собі обвинувальний висновок може призвести до припинення права вести справи з урядом [390]. Посібник із правосуддя також передбачає, що коли компанія залучена у шахрайство проти уряду, прокурор не може відмінити право відомства дискваліфікувати компанію в рамках переговорів про визнання винуватості [391]. Приймаючи рішення про дискваліфікацію, замовники, у тому числі на державному та місцевому рівні, можуть консультуватися з DOJ перед укладенням контракту. Залежно від обставин, DOJ може надати інформацію замовникам у контексті корпоративного врегулювання про факти та обставини, що лежать в основі протиправної поведінки, та заходи щодо виправлення ситуації, вжитих компанією, якщо такі є. Такий обмін інформацією не є адвокацією, і остаточні рішення щодо дискваліфікації компанії перебувають у компетенції незалежних органів щодо заборони на провадження діяльності чи дискваліфікації. У деяких ситуаціях, щоб компанія, яка визнала порушення федерального законодавства, могла отримати федеральний контракт, замовник може встановити свої власні вимоги щодо нагляду, наприклад, угоди про корпоративну доброчесність, які часто вимагає Міністерство охорони здоров'я та соціального забезпечення.

Перехресна дискваліфікація з боку багатосторонніх банків розвитку

Багатосторонні банки розвитку, такі як Світовий банк, також мають право дискваліфікувати компанії та приватних осіб за корупційну діяльність [392]. Кожен такий банк має власний процес оцінки ймовірної корупції у зв'язку з проектами, що фінансуються ним. При необхідності DOJ та SEC співпрацюють з таким банком для обміну доказами та передачі справ. 9 квітня 2010 року Група Африканського банку розвитку, Азіатський банк розвитку, Європейський банк реконструкції та розвитку, Група Міжамериканського банку розвитку та Група Світового банку уклали угоду, згідно з якою організації, позбавлені ліцензії одним таким банком будуть піддані санкціям за ті самі провини іншими такими ж банками, які підписали угоду [393]. Ця перехресна угода про дискваліфікацію означає, що якщо компанія була дискваліфікована одним таким банком, вона буде дискваліфікована всіма [394].

Втрата експортних привілеїв

Компанії та особи, які порушують FCPA, можуть зіткнутися з наслідками в рамках інших регуляторних режимів, таких як Закон про контроль експорту зброї (AECA), 22 U.S.C. § 2751 тощо, а також інструкції щодо його виконання, Прави-

ла міжнародної торгівлі зброєю (ITAR), 22 C.F.R. § 120 тощо. AECA і ITAR разом передбачають призупинення, анулювання, зміну або відмову у видачі ліцензії на експорт зброї, якщо заявнику висунуто звинувачення або його засуджено за порушення FCPA. Вони також встановлюють певні фактори, які Управління контролю за торгівлею в сфері оборони Державного департаменту (DDTC) [396] має враховувати при визначенні того, чи слід задовольняти, відхиляти чи повертати без рішення заявки на отримання ліцензії на певні види оборонних матеріалів. Одним із цих факторів є наявність достатніх підстав вважати, що заявник на отримання ліцензії порушив (або вступив у змову з метою порушення) FCPA; якщо це так, то Державний департамент «може відхилити заявку» [397]. Крім того, політика Державного департаменту полягає в тому, щоб не розглядати заявки на отримання ліцензій за участю осіб, засуджених за порушення AECA або визнаних винними у змові з метою порушення AECA [398]. У зв'язку з кримінальною справою, порушеною щодо британського виробника військової продукції, DDTC застосував «політику відмови» у видачі експортних ліцензій трьом дочірнім підприємствам компанії, які були причетні до порушень AECA та ITAR [399].

КОЛИ Є ДОЦІЛЬНИМ КОМПЛАЄНС-МОНІТОР, А КОЛИ НЕЗАЛЕЖНИЙ КОНСУЛЬТАНТ?

Однією з основних цілей кримінального переслідування та цивільно-правових дій проти компаній, що порушили FCPA, є забезпечення того, щоб така поведінка не повторювалася. Як наслідок, вимоги щодо покращення комплаєнсу та звітності можуть бути частиною кримінальних та цивільних рішень з питань FCPA. Обсяг вимог до комплаєнсу та видів звітності варіюється в залежності від фактів та обставин окремих справ.

У кримінальних справах покарання, призначене компанії, або угода про співпрацю з компанією (DPA або NPA) може вимагати призначення незалежного корпоративного монітора. Доцільність призначення монітора залежить від конкретних фактів та обставин справи. У 2008 році DOJ випустив внутрішнє керівництво щодо вибору та використання корпоративних моніторів у рамках DPA та NPA з компаніями. Пізніше було випущено додаткове керівництво [401]. Монітор — це незалежна третя сторона, яка оцінює та контролює дотримання компанією вимог угоди, розробленої для зниження ризику повторення неправомірних дій компанії. Призначення монітора доречне не за всіх обставин, і його ніколи не слід призначати в каральних цілях, але воно може бути доречним, наприклад, у тих випадках, коли компанія ще не має ефективної внутрішньої програми комплаєнсу або потребує створення необхідних механізмів внутрішнього контролю. У керівництві DOJ йдеться, що при визначенні того, чи слід призначати монітора в рамках корпоративного рішення, прокурори повинні оцінити (1) потенційні вигоди, які може принести використання монітора для компанії та громадськості, та (2) вартість монітора та його вплив на діяльність компанії [402]. При оцінці потенційних вигод від використання монітора прокурори враховують, серед інших факторів: (а) чи пов'язані основні неправомірні дії з маніпулюванням корпоратив-

ними бухгалтерськими документами та записами або використанням неадекватної комплаєнс-програми або систем внутрішнього контролю; (b) чи стосуються неправомірні дії усієї бізнес-організації і чи були схвалені або підтримані вищим керівництвом; (c) чи зробила компанія значні інвестиції у свою корпоративну комплаєнс-програму та системи внутрішнього контролю, а також у їх вдосконалення; та (d) чи були протестовані коригуючі удосконалення комплаєнс-програми та внутрішнього контролю, щоб продемонструвати, що вони запобігатимуть або виявлятимуть подібні неправомірні дії в майбутньому [403]. «Якщо комплаєнс-програма та контроль компанії продемонстрували свою ефективність та забезпечені відповідними ресурсами на момент врегулювання, монітор, швидше за все, не знадобиться.» [404]

У цивільних справах від компанії також може вимагатися найняти незалежного комплаєнс-консультанта або монітора для проведення незалежної зовнішньої перевірки внутрішнього контролю компанії. Консультант рекомендує необхідні покращення, які компанія має прийняти. Коли і DOJ, і SEC вимагають, щоб компанія найняла монітора, ці два відомства координують свої вимоги таким чином, щоб компанія могла найняти одного монітора для виконання вимог обох відомств.

Найбільш успішними у плані моніторингу є ті відносини, в яких компанія приймає монітора чи консультанта. Якщо компанія серйозно поставиться до рекомендацій та пропозицій й використає період моніторингу як час для пошуку та усунення будь-яких невіршених проблем, пов'язаних з комплаєнсом, компанія може вийти з моніторингу з більш сильною програмою комплаєнсу, придатною до довготривалого застосування.

При визначенні доцільності введення комплаєнс-монітора

DOJ і SEC беруть до уваги такі фактори:

- Характер та серйозність правопорушення
- Тривалість неправомірної поведінки
- Поширеність неправомірної поведінки, включно з визначенням, чи поширюється поведінка на географічні та/або продуктові лінії
- Профіль ризику компанії, включаючи її характер, розмір, географічне охоплення та бізнес-модель
- Якість комплаєнс-програми компанії на момент скоєння порушення
- Подальші заходи з виправлення ситуації та якість комплаєнс-програми компанії на момент прийняття рішення.
- Чи була повністю впроваджена і протестована чинна комплаєнс-програма компанії

Частина 7

ТИПИ РІШЕНЬ

ЯКІ ІСНУЮТЬ ТИПИ РІШЕНЬ DOJ?

Повідомлення про злочини, обвинувачення та обвинувальні повідомлення

Згідно з Федеральними правилами кримінального процесу обвинувачення фізичним особам і компаніям пред'являються трьома різними способами: повідомленнями про злочини, обвинуваченнями та обвинувальними повідомленнями.

DOJ може погодитися вирішити кримінальні справи щодо FCPA проти компаній або шляхом відмови від звинувачення, або, у відповідних випадках, шляхом переговорів, внаслідок яких буде укладено угоду про визнання провини, угоду про відстрочення судового переслідування або угоду про непереслідування. Щодо фізичних осіб погоджене рішення, зазвичай, набуває форми угоди про визнання провини, яка може включати формулювання про співпрацю або угоди про співпрацю без пред'явлення звинувачення. Якщо з компаніями або фізичними особами не вдається досягти згоди шляхом переговорів, справа може бути передана до суду.

Угоди між сторонами про визнання підсудним своєї вини

Угоди про визнання вини — як з компаніями, так і з приватними особами — регулюються Правилем 11 Федеральних правил кримінального судочинства. Обвинувачений, зазвичай, визнає факти, що підтверджують звинувачення, визнає свою провину і засуджується за злочини, що інкримінуються, коли угода про визнання провини подається до суду і приймається ним.

Угода про визнання вини може рекомендувати одночасно вирок або штраф, а також провести аналіз згідно з Керівними настановами США із призначення покарань або залишати такі питання відкритими для аргументації під час винесення вироку.

Угоди про відстрочення судового переслідування

Відповідно до угоди про відстрочення судового переслідування, або, як її зазвичай називають, DPA, DOJ подає до суду обвинувальний документ [405], але водночас просить відстрочити судове переслідування, тобто відкласти його для того, щоб компанія могла продемонструвати свою належну поведінку. Згідно з DPA відповідач, зазвичай, повинен погодитися виплатити грошовий штраф, відмовитися від терміну давності, співпрацювати з урядом, визнати відповідні факти та прийняти на себе певні зобов'язання щодо комплаєнсу та виправлення ситуації, включаючи, можливо, запровадження корпоративного комплаєнс-монітора. У DPA описується поведінка компанії, співробітництво, виправлення ситуації, якщо таке мало місце, і наводиться визначення розміру покарання відповідно до Керівних настанов США з призначення покарань. Окрім опублікування, DOJ розміщує всі свої DPA на власному вебсайті. Якщо компанія успішно виконає свої зобов'язання протягом терміну дії угоди (зазвичай, три роки), DOJ клопотатиме про зняття пред'явлених звинувачень. Успішне виконання компанією DPA не розглядається як кримінальна судимість. В інших країнах, таких як Велика Британія та Франція, також були введені механізми, подібні до DPA, для вирішення корпоративних питань, відповідно до яких компанія може уникнути судового переслідування, якщо вона дотримується умов, накладених на неї протягом певного періоду часу.

Угоди про непереслідування

Відповідно до угоди про непереслідування, або, як її зазвичай називають, NPA, DOJ зберігає за собою право пред'явити звинувачення, але утримується від того, щоб компанія могла продемонструвати свою належну поведінку протягом терміну дії NPA. На відміну від DPA, NPA не подається до суду, а дотримується сторонами. У випадках, коли NPA укладається з компанією за правопорушення, пов'язані з FCPA, вона стає доступною для громадськості через вебсайт DOJ. Вимоги NPA аналогічні вимогам DPA, і, зазвичай, вимагають відмови від терміну давності, постійного співробітництва, визнання істотних фактів, а також зобов'язань щодо дотримання та виправлення ситуації на додаток до виплати грошового штрафу. Якщо компанія дотримується умов угоди протягом усього терміну її дії, DOJ не висуває кримінальних звинувачень. Якщо фізична особа дотримується умов своєї NPA, а саме, правдивої та повної співпраці та постійної законослухняної поведінки, DOJ не висуватиме кримінальних звинувачень.

Відмови від переслідувань/відмови від застосування правозастосовних дій (declinations)

Як говорилося вище, рішення DOJ про порушення або відмову від застосування правозастосовних дій згідно з FCPA приймається відповідно до Принципів федерального переслідування фізичних осіб та Принципів федерального переслідування бізнес-організацій та СЕР. Як зазначено вище, у випадку фізич-

них осіб Принципи федерального переслідування рекомендують прокурорам зважити усі відповідні обставини, включаючи:

- пріоритети федеральних правоохоронних органів;
- характер та серйозність правопорушення;
- стримуючий ефект переслідування;
- винуватість особи у зв'язку з правопорушенням;
- історія злочинної діяльності особи;
- готовність особи співпрацювати у розслідуванні чи переслідуванні інших осіб; і
- ймовірне покарання чи інші наслідки, якщо особа буде визнана винною [406].

Принципи федерального переслідування містять додаткові коментарі щодо кожного з цих факторів. Наприклад, вони пояснюють, що прокурори повинні брати до уваги пріоритети федеральних правоохоронних органів, оскільки федеральних правоохоронних та судових ресурсів недостатньо, щоб забезпечити судове переслідування кожного інкримінованого злочину, щодо якого існує федеральна юрисдикція. Слід також враховувати стримуючий ефект судового переслідування, оскільки деякі правопорушення, «хоча самі собою здаються не дуже важливими, у разі їх частого скоєння матимуть істотний сукупний вплив на суспільство» [407].

Як говорилося вище, Принципи федерального переслідування бізнес-організацій вимагають від прокурорів враховувати десять факторів під час вирішення питання про переслідування юридичної особи через порушення FCPA, включаючи: характер і серйозність правопорушення; поширеність правопорушень у компанії; історію аналогічної діяльності компанії; наявність та ефективність існуючої раніше комплаєнс-програми компанії; чи добровільно компанія розкрила інформацію про провину; ступінь співпраці компанії з урядовим розслідуванням; усунення компанією недоліків; побічні наслідки, які можуть виникнути внаслідок вирішення проблеми; адекватність судового переслідування окремих осіб; та адекватність засобів правового захисту, таких як цивільні чи регуляторні правозастосовні дії.

Відповідно до цих рекомендацій DOJ відмовився від переслідування як фізичних, так і юридичних осіб у численних справах, ґрунтуючись на конкретних фактах та обставинах, поданих у цих справах з урахуванням наявних доказів. Для захисту прав на приватне життя та інших інтересів осіб, яким не висунуто звинувачення, та інших потенційно зацікавлених сторін, DOJ дотримується давньої політики не надавати без згоди сторін непублічну інформацію у справах, в яких він відмовився від судового переслідування. Однак, якщо розглядати відмови DOJ у контексті, то останнім часом DOJ відмовився від переслідування в кількох десятках справ проти компаній, у яких передбачалися потенційні порушення FCPA.

На додаток до Принципів федерального кримінального переслідування комерційних організацій, про які йшлося вище, DOJ запровадив CEP, щоб забезпечити додаткові стимули та переваги для компаній, які добровільно розкривають неправомірні дії, повністю співпрацюють та повністю виправляють ситуацію,

включаючи відмову від переслідування (з відшкодуванням незаконно отриманого прибутку) за відсутності обтяжуючих обставин. Відмова від переслідування відповідно до СЕР — це справа, яка була б передана до суду або вирішена в кримінальному порядку, якби компанія добровільно не розкрила інформацію, повністю не співпрацювала, не виправила ситуацію та не сплатила збитки, виплатила відшкодування, повернула прибутки від злочинної діяльності та/або відшкодувала втрати. Якщо справа була б відхилена за відсутності таких обставин, вона не розглядається, як відмова від переслідування відповідно до СЕР. Інформація про непереслідування, визначені в рамках СЕР, публікується на вебсайті DOJ/FCPA.

ЯКІ ІСНУЮТЬ ТИПИ РІШЕНЬ SEC?

Цивільні вимоги про вжиття запобіжних заходів та способів правового захисту

У цивільній вимозі про вжиття запобіжних заходів SEC домагається судової ухвали, яка забороняє відповідачу в майбутньому порушувати закони, про які йдеться в цій вимозі. Цивільні санкції за неповагу до суду, які застосовуються SEC, мають швидше виправний, ніж каральний характер і слугують одній з двох цілей: відшкодувати збитки, завдані стороні, яка постраждала внаслідок порушення судової заборони, або примусити до виконання умов судової заборони.

Якщо відповідач отримав прибуток через порушення закону, SEC може домогтися справедливої компенсації у вигляді відшкодування незаконно отриманого прибутку та відсотків до винесення судового рішення, а також стягнути цивільні грошові штрафи відповідно до розділів 21(d)(3) та 32(c) Закону про біржі. SEC також може запросити додатковий засіб судового захисту (наприклад, бухгалтерський звіт від відповідача). Відповідно до розділу 21(d)(5), SEC також може запросити будь-яку іншу справедливую допомогу, і будь-який федеральний суд її може надати, що може бути доречним чи необхідним в інтересах інвесторів; наприклад, посилені заходи щодо виправлення ситуації або залучення незалежного комплаєнс-консультанта чи монітора.

Цивільні адміністративні позови та засоби правового захисту

SEC має можливість порушувати різні види адміністративних справ проти фізичної чи юридичної особи, яка, на її думку, порушила закон. Цей вид правозастосовної дії застосовуються Відділом з правозастосування SEC і розглядається безпосередньо в самій Комісії з цінних паперів та бірж, а рішення Комісії, у свою чергу, може бути переглянуте Апеляційним судом США.

Адміністративні процедури передбачають різноманітні заходи захисту. Щодо осіб та організацій, що підпадають під регулювання, таких як брокери-дилери, інвестиційні консультанти та пов'язані з ними особи, санкції включають

догану, обмеження на діяльність, зупинення діяльності на строк до дванадцяти місяців, заборону на участь в асоціації або відкликання реєстрації. Щодо таких спеціалістів як адвокати та бухгалтери, SEC може винести постанову в рамках розгляду за Правилем 102(e) про те, що фахівець повинен бути покараний, тимчасово відсторонений або позбавлений права з'являтися чи практикувати в SEC. Працівники SEC можуть домагатися від судді з адміністративних справ наказу, який вимагає від відповідача припинити та утриматися від будь-яких поточних чи майбутніх порушень законів про цінні папери. Крім того, SEC може отримати відшкодування збитків, відсотки ще до винесення судового рішення та цивільно-правові грошові стягнення в рамках адміністративного розгляду відповідно до розділу 21В Закону про біржі, а також може розпорядитися щодо інших заходів щодо забезпечення дотримання федеральних законів про цінні папери, таких як посилення заходів щодо виправлення ситуації або залучення незалежного консультанта чи монітора.

Угоди про відстрочення судового переслідування

Угода про відстрочення судового переслідування — це письмова угода між SEC та фізичною або юридичною особою, які потенційно готові співпрацювати, в якій SEC погоджується утриматися від застосування правозастосовних дій проти особи або компанії, якщо особа або компанія погоджується, серед іншого: (1) правдиво та повною мірою співпрацювати у розслідуванні SEC та відповідних правозастосовних діях; (2) укласти довгострокову угоду про відстрочення; (3) дотримуватися прямих заборон та/або зобов'язань протягом періоду відстрочення судового переслідування; і (4) за певних обставин погодитись або визнати та не оскаржувати основні факти, які SEC могла б пред'явити для встановлення порушення федеральних законів про цінні папери. Якщо угода буде порушена в період відстроченого судового переслідування, співробітники SEC можуть рекомендувати Комісії порушити виконавче провадження проти фізичної особи або компанії за первісне порушення, а також за будь-яке додаткове порушення. Більше того, якщо Комісія санкціонує виконавче провадження, співробітники SEC можуть використовувати будь-які фактичні визнання, зроблені особою або компанією, які готові співпрацювати, на підтримку клопотання про винесення спрощеного судового рішення, зберігаючи при цьому можливість порушити виконавче провадження щодо будь-якої додаткової провини пізніше.

У травні 2011 року SEC уклала першу угоду про відкладене судове переслідування компанії за порушення FCPA [410]. У цій справі світовий виробник сталевих труб порушив FCPA, підкупивши державних посадових осіб Узбекистану під час тендеру на постачання трубопроводів для транспортування нафти та природного газу. Компанія отримала прибуток у розмірі майже 5 млн \$, коли згодом уряд Узбекистану уклав з нею кілька контрактів. Компанія виявила неправомірні дії під час перевірки своєї діяльності по всьому світу та повідомила про них уряд. Крім самостійного повідомлення, компанія провела ретельне внутрішнє розслідування; забезпечила повну співпрацю зі співробітниками SEC та DOJ у режимі

реального часу; і вжила значних заходів щодо виправлення ситуації, включаючи посилення антикорупційних процедур та навчання. Згідно з умовами DPA, компанія виплатила 5,4 млн \$ у вигляді компенсації та відсотків у досудовому порядку. Компанія також виплатила грошовий штраф у розмірі 3,5 млн \$ для врегулювання кримінального розслідування DOJ в рамках NPA [410].

Для отримання додаткової інформації про угоди про відстрочення судового переслідування див. Посібник SEC з правозастосування [412].

Угоди про непереслідування

Угода про непереслідування — це письмова угода між Комісією з цінних паперів та фондового ринку (SEC) та фізичною або юридичною особою, яка потенційно готова співпрацювати з Комісією, укладена в обмежених та визначених обставинах, яка передбачає, що Комісія не буде застосовувати правозастосовні дії до фізичної чи юридичної особи, якщо фізична чи юридична особа погоджується, серед іншого, на: (1) правдиве та повне співробітництво з Комісією у розслідуванні та пов'язаних з ним правозастосовних діях; та (2) дотримання та визначених обставин чітко сформульованих зобов'язань. У разі порушення угоди співробітники SEC зберігають за собою право рекомендувати Комісії застосувати до фізичної або юридичної особи правозастосовні дії.

Для отримання додаткової інформації про угоди про непереслідування див. Посібник SEC з правозастосування [413].

Письмове повідомлення про припинення та відмову від переслідування/застосування правозастосовних дій

Як зазначалося вище, рішення SEC про застосування або відмову у застосуванні правозастосовних дій відповідно до FCPA приймається відповідно до керівних принципів, викладених у Посібнику SEC з правозастосування. Ті ж самі фактори, які застосовуються до визначення фахівцями SEC того, чи рекомендувати правозастосовні дії проти фізичної чи юридичної особи, застосовуються також до рішення про закриття розслідування без рекомендації правозастосовних дій [414]. Як правило, фахівці SEC беруть до уваги, серед іншого, такі фактори:

- серйозність поведінки та потенційних порушень;
- ресурси, доступні співробітникам SEC для проведення розслідування;
- достатність і вагомість доказів;
- ступінь потенційної шкоди інвесторам, якщо не буде розпочато розслідування; і
- давність діяння, що лежить в основі потенційних порушень.

SEC відмовилася вживати правозастосовні дії як проти фізичних осіб, так і проти компаній, виходячи з фактів та обставин, наявних у тих справах, де, наприклад, діяння не були кричущими, компанія повністю співпрацювала, а також швидко виявила та виправила неправомірні дії. Політика Відділу правозастосування SEC полягає в тому, щоб повідомляти фізичних та юридичних осіб за першої

же можливості, коли працівники Відділу вирішили не рекомендувати Комісії застосовувати до них виконавчі провадження. Таке повідомлення має форму листа.

З метою захисту прав на недоторканність приватного життя та інших інтересів осіб, які не є обвинуваченими, та інших потенційно зацікавлених осіб, SEC не надає непублічну інформацію, пов'язану із закритими розслідуваннями, крім випадків, коли це передбачено законом.

ЯКИМИ Є ПРИКЛАДИ МИНУЛИХ ВІДМОВ ВІД ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОЗАСТОСОВНИХ ДІЙ DOJ І SEC?

Як говорилося вище, у рамках СЕР, DOJ оголосив про відмову від переслідування компаній, які добровільно розкрили інформацію про себе, повністю співпрацювали; своєчасно та належним чином виправили ситуацію. За винятком випадків, передбачених СЕР, ані DOJ, ані SEC, як правило, не публікують інформацію про свої відмови від застосування правозастосовних дій, але для того, щоб надати певне уявлення про процес, нижче наведені анонімні приклади справ, які DOJ та SEC відмовилися розглядати:

ПРИКЛАД 1: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ КОМПАНІЇ

DOJ та SEC відмовилися від правозастосовних дій щодо публічної американської компанії. До уваги бралися наступні фактори:

- Компанія виявила, що її працівники отримали інформацію про тендерні пропозиції конкурентів від третьої сторони, пов'язаної з іноземним урядом.
- Компанія розпочала внутрішнє розслідування, відкликала свою тендерну пропозицію, звільнила причетних працівників, розірвала зв'язки зі стороннім агентом та добровільно повідомила про свою поведінку Антимонопольному відділу DOJ, який також відмовився від переслідування.
- Під час внутрішнього розслідування компанія виявила різні «червоні прапорці» FCPA, включаючи попередні підозри щодо стороннього агента, про що компанія добровільно повідомила DOJ та SEC.
- Компанія миттєво здійснила суттєві кроки з удосконалення комплаєнс-програми.

ПРИКЛАД 2: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ КОМПАНІЇ

DOJ та SEC відмовилися від правозастосовних дій щодо публічної американської компанії. До уваги бралися наступні фактори:

- З відома працівників дочірньої компанії найнята будівельна компанія сплачувала відносно невеликі хабарі, які були помилково схвалені місцевою юридичною фірмою компанії, іноземним інспекторам будівельних норм і правил.
- Коли відділ комплаєнсу компанії дізнався про хабарі, він негайно припинив таку поведінку, розірвав відносини з будівельною компанією та юридичною фірмою, а також звільнив або наклав дисциплінарні стягнення на причетних до цього працівників.

- Компанія провела ретельне внутрішнє розслідування та добровільно розкрила інформацію DOJ та SEC.
- Компанія реорганізувала відділ комплаєнсу, призначила нового комплаєнс-офіцера, відповідального за боротьбу з корупцією, удосконалила програму навчання та комплаєнсу, а також здійснила перегляд усіх міжнародних відносин компанії з третіми сторонами.

ПРИКЛАД 3: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ КОМПАНІЇ

DOJ та SEC відмовилися від правозастосовних дій щодо публічної американської компанії з надання промислових послуг за хабарі, сплачені невеликою іноземною дочірньою компанією. До уваги бралися наступні фактори:

- Компанія самостійно повідомила про це DOJ та SEC.
- Загальна сума неправомірних платежів була відносно невеликою, а сама діяльність виглядала як поодинокий випадок, здійснений одним працівником дочірньої компанії.
- Прибуток, який потенційно міг бути отриманий від неправомірних платежів, був дуже незначним.
- Виплати були виявлені за допомогою існуючих засобів внутрішнього контролю компанії. Аудиторський комітет компанії провів ретельне незалежне внутрішнє розслідування. Результати розслідування були надані уряду.
- Компанія повністю співпрацювала з розслідуваннями DOJ та SEC.
- Компанія впровадила значні відновлювальні заходи та удосконалила структуру внутрішнього контролю.

ПРИКЛАД 4: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ КОМПАНІЇ

DOJ та SEC відмовилися від правозастосовних дій щодо публічної американської нафтогазової сервісної компанії за невеликі хабарі, сплачені митним агентом іноземної дочірньої компанії. До уваги бралися наступні фактори:

- Система внутрішнього контролю компанії своєчасно виявила потенційний хабар до того, як платіж був здійснений.
- Коли керівництво компанії дізналося про потенційний хабар, воно негайно повідомило про це Головному юрисконсульту та Аудиторському комітету компанії та запобігло здійсненню платежу.
- Протягом декількох тижнів після того, як компанія дізналася про спробу дачі хабаря, вона провела індивідуальні тренінги з питань FCPA для співробітників дочірньої компанії та провела широке внутрішнє розслідування, щоб визначити, чи були допущені неправомірні дії будь-якою з дочірніх компаній компанії в тому ж регіоні.
- Компанія самостійно повідомила про неправомірні дії та результати внутрішнього розслідування до DOJ та SEC.
- Компанія повністю співпрацювала з розслідуваннями DOJ та SEC.

- На додаток до безпосереднього навчання у відповідній дочірній компанії, компанія провела комплексне навчання з питань FCPA для всіх своїх співробітників і здійснила ретельний перегляд своєї програми дотримання антикорупційного законодавства.
- Компанія вдосконалила свою політику та процедури внутрішнього контролю та ведення документації, в тому числі запровадила вимогу щодо періодичного внутрішнього аудиту митних платежів.
- У рамках виправлення ситуації компанія розпорядилася, щоб для отримання дозволів використовувалися місцеві юристи, а не митні агенти, з інструкціями, що «незважаючи ні на що, ми не платимо хабарів» — політика, яка призвела до більш тривалої та дорогої процедури отримання дозволів.

ПРИКЛАД 5: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПУБЛІЧНОЇ КОМПАНІЇ

DOJ та SEC відмовилися від правозастосовних дій щодо американської публічної компанії з виробництва споживчих товарів у зв'язку з придбанням нею іноземної компанії. До уваги бралися наступні фактори:

- Компанія виявила потенційні неправомірні виплати посадовим особам органів місцевого самоврядування в рамках проведення due diligence перед придбанням.
- Компанія оперативно розробила комплексний план розслідування, виправлення та усунення будь-яких порушень FCPA після придбання.
- Компанія оперативно повідомила про проблеми, що виникли до придбання, та надала результати розслідування уряду в режимі реального часу.
- Існуюча система внутрішнього контролю та програма комплаєнсу компанії-покупця були надійними.
- Після закриття угоди компанія впровадила комплексний план виправлення ситуації, забезпечила припинення всіх неналежних платежів, провела всебічне навчання працівників нової дочірньої компанії з питань FCPA та оперативно включила нову дочірню компанію в існуючу систему внутрішнього контролю та комплаєнсу компанії.

ПРИКЛАД 6: ВІДМОВА ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ПРИВАТНОЇ КОМПАНІЇ

У 2011 році DOJ відмовився порушувати провадження проти приватної американської компанії та її іноземної дочірньої компанії. До уваги були взяті наступні фактори:

- Компанія добровільно повідомила про хабарі, сплачені посадовцям органів соціального захисту в іноземній державі.
- Загальна сума хабарів була невеликою.
- Після виявлення корупційні дії були негайно припинені.
- Протиправні дії були ретельно розслідувані, а результати розслідування були оперативно надані до DOJ.
- Всі причетні особи були або звільнені, або притягнуті до дисциплінарної відповідальності. Компанія також припинила відносини з іноземною юридичною фірмою.
- Компанія запровадила вдосконалені програми навчання та комплаєнсу, що відповідають її розміру та ризикам, на які вона наражається.

Частина 8

ПОЛОЖЕННЯ ПРО ВИКРИВАЧІВ ТА ЇХ ЗАХИСТ

Допомога та інформація від викривача, якому відомо про можливі порушення законодавства про цінні папери, може бути найпотужнішою зброєю в арсеналі правоохоронних органів. Завдяки їх обізнаності щодо обставин та втягнутих у справу залучених осіб, інформатори можуть допомогти SEC та DOJ виявити потенційні порушення набагато раніше, ніж це було б можливо, що дозволяє SEC та DOJ мінімізувати збитки для інвесторів, краще оберігати цілісність американських ринків капіталу та швидше притягати до відповідальності винних у незаконній поведінці.

Закон Сарбейнса-Окслі 2002 року (Sarbanes-Oxley Act of 2002) та Закон Додда-Франка 2010 року (Dodd-Frank Act of 2010) містять положення, що стосуються викривачів, які повідомляють про порушення FCPA. Закон Сарбейнса-Окслі забороняє емітентам переслідувати викривачів та передбачає, що співробітники, які зазнали переслідування за повідомлення про можливі порушення законодавства про цінні папери, можуть подати скаргу до Міністерства праці, внаслідок чого вони мають право на поновлення на посаді, повернення заробітної плати та інші компенсації [415]. Закон Сарбейнса-Окслі також забороняє переслідування співробітників, які повідомляють про порушення відповідно до закону про перешкодження правосуддю [416].

У 2010 році Закон Додда-Франка додав до Закону про біржі розділ 21F щодо стимулювання та захисту викривачів. Розділ 21F уповноважує SEC надавати грошові премії особам, які добровільно надають високоякісну, вихідну інформацію, що призводить до правозастосовних дій, внаслідок яких призначаються санкції на суму понад 1 млн \$ [417]. Комісія видає премії, які в сукупному розмірі дорівнюють не менше, ніж 10, і не більше, ніж 30 відсоткам від грошових санкцій, стягнутих внаслідок таких дій. Закон Додда-Франка також забороняє роботодавцям переслідувати викривачів і забезпечує працівникам, які зазнали переслідувань, право на приватний позов [418].

Крім того, компанії повинні усвідомлювати, що переслідування викривачів може також порушувати державне, місцеве та іноземне законодавство, яке забезпечує захист викривачів.

12 серпня 2011 року набули чинності норми Програми SEC щодо викривачів. Ці правила встановлюють вимоги до викривача, згідно з якими він має право на отримання винагороди, фактори, які SEC використовуватиме для визначення розміру винагороди, категорії осіб, які виключаються з розгляду питання про присудження винагороди, та категорії осіб, на яких поширюються обмеження при розгляді питання про присудження винагороди [419]. Заклучні норми посилюють стимули для співробітників повідомляти про ймовірні порушення всередині організації через внутрішні комплаєнс-програми, коли це доцільно, хоча вони не вимагають, щоб співробітник робив це з метою претендувати на винагороду [420].

Особи, які мають інформацію про можливе порушення федерального законодавства про цінні папери, включно з порушеннями FCPA, повинні направити цю інформацію в SEC або в режимі онлайн через систему SEC Tips, Complaints, and Referrals (TCR) та форму скарги (доступна на сайті <https://www.sec.gov/tcr>), або засобами звичайної пошти чи факсу до Офісу Комісії по роботі з викривачами.

Викривачі можуть подавати інформацію анонімно. Однак для того, щоб інформація була розглянута в рамках програми SEC із захисту викривачів як така, що дає право на винагороду, вона повинна бути представлена від імені анонімного викривача адвокатом [421]. Незалежно від того, інформує викривач анонімно чи ні, SEC прагне захистити особистість викривача максимально можливою мірою відповідно до закону [422]. Офіс по роботі з викривачами SEC керує програмою SEC по роботі з викривачами та відповідає на питання громадськості щодо програми. Додаткова інформація про програму SEC по роботі з викривачами, включаючи відповіді на питання, що часто задаються, доступна на сайті <http://www.sec.gov/whistleblower>.

**SEC Office of the Whistleblower**

100 F Street NE, Mail Stop 5971 Washington, DC 20549



Facsimile: (703) 813-9322



Online Report Form: <http://www.sec.gov/whistleblower>

Частина 9

ПРОЦЕДУРА НАДАННЯ РОЗ'ЯСНЕНЬ DOJ

Процедура надання роз'яснень DOJ залишається вагомим механізмом для компаній та приватних осіб, який дозволяє визначити, чи буде запланована діяльність переслідуватися DOJ відповідно до FCPA [423]. Загалом, у рамках процедури надання роз'яснень сторони подають інформацію в DOJ, після чого DOJ дає роз'яснення щодо того, чи підпадає запланована діяльність під його правозастосовну політику. Усі попередні роз'яснення DOJ доступні в Інтернеті [424]. Сторони, зацікавлені в отриманні такого роз'яснення, повинні виконати такі кроки [424]:

По-перше, особи, які бажають отримати роз'яснення, повинні оцінити, чи їхнє питання стосується фактичних майбутніх дій [426]. Процедура отримання роз'яснення не може бути використана для отримання роз'яснення щодо минулих дій або гіпотетичних питань. DOJ не розглядатиме запит, якщо та частина угоди, щодо якої подається запит за роз'ясненням, не стосується виключно майбутньої діяльності, хоча угода в цілому може містити компоненти, які вже відбулися. Наявність укладеного договору перестала бути обов'язковою умовою, й у більшості (якщо не в усіх) випадках запит на отримання роз'яснення повинен робитися до того, як сторона запиту прийме на себе зобов'язання щодо здійснення угоди [427]. Ті, хто подають запити щодо роз'яснень, повинні знати, що роз'яснення FCPA стосуються лише положень FCPA про боротьбу з хабарництвом [428].

По-друге, перед поданням запиту компанія чи фізична особа повинні перевірити, чи є вони емітентом чи внутрішнім суб'єктом господарювання, оскільки лише ці категорії сторін можуть отримати роз'яснення [429]. Якщо в угоді беруть участь кілька емітентів або внутрішніх суб'єктів господарювання, варто розглянути можливість спільного звернення за роз'ясненням, оскільки роз'яснення поширюються лише на сторони, які за ними звертаються [430].

По-третє, особи, які бажають отримати роз'яснення, повинні направити свій запит письмово. Запит повинен бути конкретним і супроводжуватися всією відповідною та суттєвою інформацією, що стосується діяльності та обставин, щодо

яких подається запит щодо роз'яснення. Суттєва інформація включає вихідну інформацію, повні копії всіх оперативних документів і докладний виклад всіх супутніх або усних домовленостей, якщо такі є. Особи, які звертаються за таким роз'ясненням, зобов'язані надати повну та достовірну інформацію [431]. Матеріали, передані в DOJ, не будуть оприлюднені без згоди сторони, яка їх подала [432].

По-четверте, запит повинен бути підписаний. Для корпоративних заявників підписати запит має відповідний старший співробітник, який несе оперативну відповідальність за діяльність, що є предметом запиту, та призначений головним виконавчим директором компанії. У відповідних випадках DOJ може також вимагати, щоб запит підписав головний виконавчий директор. Особи, які підписують запит, повинні підтвердити, що він містить правдиве, правильне та повне розкриття інформації про плановану діяльність та обставини такої діяльності [433].

По-п'яте, оригінал та п'ять копій запиту повинні бути направлені помічнику генерального прокурора, відповідальному за Кримінальний відділ, До уваги: FCPA Opinion Group [434]. Поштова адреса: P.O. Box 28188 Central Station, Washington, DC. 20038. DOJ також просить надіслати електронну копію на адресу FCPA.Fraud@usdoj.gov.

DOJ оцінює запит на роз'яснення FCPA [435]. Сторона може відкликати запит на роз'яснення у будь-який час до опублікування [436]. Якщо запит є повним і вся відповідна інформація надана, DOJ відповість на запит, видавши роз'яснення протягом 30 днів [437]. Якщо запит неповний, DOJ зазначить стороні, що подала запит, яка додаткова інформація чи документи необхідні DOJ для розгляду запиту. Така інформація має бути надана DOJ негайно. Після отримання додаткової інформації DOJ видає роз'яснення протягом 30 днів із моменту отримання цієї додаткової інформації [438]. У роз'ясненнях DOJ щодо FCPA вказується, чи порушує запланована діяльність, з огляду на поточну політику правозастосування DOJ, положення FCPA про боротьбу з хабарництвом щодо емітента чи внутрішнього суб'єкта господарювання [439]. DOJ також може зайняти іншу позицію в роз'ясненні, якщо вважатиме за потрібне [440]. Якщо у роз'ясненні робиться висновок про те, що запланована діяльність не порушує FCPA, то створюється презумпція, що дії сторони, щодо якої поданий запит, відповідають FCPA [441]. Для того, щоб надати діловій спільноті рекомендації, DOJ розміщує версії своїх роз'яснень у відкритому доступі на своєму вебсайті [442].

Якщо після отримання роз'яснення сторона стурбована потенційними діями, які виходять за межі дій, зазначених у попередньому запиті, вона може подати додатковий запит на роз'яснення, використовуючи процедури, описані вище [443].

Частина 10

ВИСНОВКИ

Закон FCPA був розроблений для запобігання корупційним практикам, захисту інвесторів та забезпечення справедливих умов для чесних компаній, які намагаються бути успішними у бізнесі, ґрунтуючись на якості та ціні, а не на хабарях. Наслідуючи Конгрес США, який 43 роки тому прийняв FCPA, а також завдяки рішучим міжнародним дипломатичним та правоохоронним зусиллям, з того часу закони, подібні до FCPA, які забороняють хабарництво за кордоном, були прийняті більшістю основних торгових партнерів США.

Даний ресурсний путівник призначений для надання практичних порад та корисної інформації про наші міркування щодо правозастосування. Нашою метою є максимізація здатності компаній, які бажають чесно конкурувати на зарубіжних ринках, дотримуватись FCPA найбільш ефективним та дієвим способом, зручним для їхнього бізнесу та ринків, на яких вони працюють. Завдяки нашим постійним зусиллям з американськими та міжнародними діловими та юридичними колами та неурядовими організаціями, DOJ та SEC можуть продовжувати ефективно захищати доброчесність наших ринків та знижувати рівень корупції у всьому світі.

Додаток

ЗАКОН ПРО КОРУПЦІЙНІ ДІЇ ЗА КОРДОНОМ

ЗАКОН ПРО КОРУПЦІЙНІ ДІЇ ЗА КОРДОНОМ

15 U.S.C. §§ 78DD-1, 78DD-2, 78DD-3, 78M, 78FF

**15 U.S.C. § 78DD-1 ПРАКТИКИ У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЇ ТОРГІВЛІ,
ЗАБОРОНЕНІ ДЛЯ ЕМІТЕНТІВ [РОЗДІЛ 30А ЗАКОНУ ПРО
ТОРГІВЛЮ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ ВІД 1934 РОКУ]**

(а) Заборона

Протиправним для будь-якого емітента, що має цінні папери того класу, який реєструється відповідно до глави 78I цього розділу, або зобов'язаного надавати звітність відповідно до глави 78o(d) цього розділу, а також для будь-якої посадової особи, розпорядника, працівника або представника такого емітента, або для будь-якого з його акціонерів, що діє від імені такого емітента, є використання з корупційною метою пошти або будь-яких інших засобів або інструментів транскордонної торгівлі на підтримку пропозиції, платежу, обіцянки здійснити платіж, або ж дозволу на здійснення будь-яких платежів, пропозицій, подарунків, обіцянок надати що-небудь (або дозволу на надання чого-небудь), що має цінність для —

(1) будь-якої іноземної посадової особи з метою —

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення такої іноземної посадової особи, в межах її службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи вчинити якісь дії або не вчинити жодних дій з порушенням законних обов'язків такої посадової особи, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

В) спонукання такої іноземної посадової особи до використання свого впливу на іноземний уряд або на його установи для здійснення впливу на будь-яку дію або рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такому емітенту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу;

(2) будь-якої іноземної політичної партії чи її офіційних представників або для будь-якого кандидата на іноземну державну посаду з метою —

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, спрямованих на порушення встановлених законом обов'язків таких партій, їх представників чи кандидатів, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії чи рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такому емітенту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу; або

(3) будь-якої особи у разі обізнаності про те, що усі або частина таких грошей чи цінних речей будуть запропоновані, передані або обіцяні, прямо або опосередковано, будь-якій іноземній посадовій особі, будь-якій іноземній політичній партії або її представникам, або ж будь-якому кандидату на іноземну державну посаду, з метою —

(А) (i) впливу на будь-яку дію чи рішення такої іноземної посадової особи, політичної партії, її офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційних представників партії чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, спрямованих на порушення встановлених законом обов'язків такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії чи рішення такого уряду чи його установ для того, щоб сприяти такому емітенту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу.

(b) Виключення для звичайних процедур державних установ

Підглави (a) і (g) не застосовуються до жодного виду стимулювання чи прискорення платежів іноземній посадовій особі, політичній партії чи офіційному представнику політичної партії, метою яких є прискорення або забезпечення виконання звичайної процедури державної установи іноземною посадовою особою, політичною партією чи офіційним представником партії.

(c) Аргументи захисту

Аргументами захисту щодо дій, описаних в підглавах (a) чи (g) даної глави, вважаються —

(1) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є законними відповідно до писаних законів та правил країни іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата; або

(2) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є розумними та добросовісними витратами, як наприклад витрати на проїзд та проживання, понесені іноземною посадовою особою, партією, офіційним представником партії чи кандидатом або від їх імені, і є безпосередньо пов'язаними з —

(A) просуванням, демонстрацією чи описом продуктів чи послуг; або

(B) виконанням положень договору з іноземним урядом чи його відомством.

(d) Настанови Генерального прокурора

Не пізніше, ніж через рік після 23 серпня 1988 року, Генеральний прокурор після консультацій з Комісією, міністром торгівлі, торговим представником Сполучених Штатів, Державним секретарем і міністром фінансів, а також після отримання думок усіх зацікавлених осіб через процедури публічного оповіщення та отримання коментарів, повинен визначити, до якого рівня можна посилити виконання та дотримання положень даної глави і підтримати ділову спільноту шляхом надання подальших роз'яснень вищезазначених положень даної глави, і може, ґрунтуючись на даному визначенні і в тій мірі, в якій це необхідно та доцільно, видати —

(1) керівні настанови з описом конкретних типів поведінки, пов'язаних із загальними типами зовнішньоторговельних домовленостей і ділових контрактів, які для цілей поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції, на думку Генерального прокурора, відповідатимуть вищезазначеним положенням даної глави; і

(2) загальні превентивні процедури, які добровільно можуть використовувати емітенти для приведення своєї поведінки у відповідність

з поточною правозастосовною політикою Міністерства юстиції щодо вищезазначених положень даної глави. Генеральний прокурор видає керівні настанови і процедури, згадані в попередньому реченні, у відповідності з положеннями підчастини II частини 5 розділу 5, і ці керівні настанови і процедури регулюються положеннями частини 7 того ж розділу.

(е) Роз'яснення Генерального прокурора

(1) Генеральний прокурор, після консультацій з відповідними департаментами і відомствами Сполучених Штатів, а також після отримання думок усіх зацікавлених сторін через процедури публічного оповіщення і отримання коментарів, встановлює процедуру надання відповідей на конкретні запити емітентів щодо відповідності їх поведінки поточній правозастосовній політиці Міністерства юстиції, що відповідає вищезазначеним положенням цієї глави. Протягом 30 днів після отримання такого запиту Генеральний прокурор видає роз'яснення у відповідь на такий запит. У роз'ясненні зазначається, чи визначена конкретна потенційна поведінка порушує вищезазначені положення цієї глави в контексті поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції. Генеральному прокурору можуть подаватися запити на отримання роз'яснення щодо інших визначених можливих типів поведінки, які виходять за рамки типів поведінки, визначених в попередніх запитах. У випадку будь-якого позову, поданому відповідно до положень цієї глави, діє спростовна презумпція того, що поведінка, яка зазначена у запиті емітента і щодо якої Генеральний прокурор дав роз'яснення про те, що така поведінка відповідає поточній правозастосовній політиці Міністерства юстиції, відповідає вищезазначеним положенням цієї глави. Така презумпція може бути спростована за наявності більш вагомих доказів. При розгляді презумпції для цілей цього пункту суд оцінює усі відповідні фактори, включаючи серед іншого й те, чи була інформація, подана Генеральному прокурору, точною та повною і чи відноситься вона до типу поведінки, описаної в якомусь із запитів, отриманих Генеральним прокурором. Генеральний прокурор встановлює процедуру, передбачену цим пунктом, відповідно до положень підчастини II частини 5 Розділу 5, і на цю процедуру поширюються положення частини 7 цього розділу.

(2) Будь-який документ або інший матеріал, наданий Міністерству юстиції або будь-якому іншому департаменту чи відомству Сполучених Штатів, а також отриманий або підготовлений ними у зв'язку із запитом емітента у порядку, встановленому у пункті (1), звільняється від вимоги про розголошення відповідно до глави 552 розділу 5 і не передається у відкритий доступ крім, як за згодою емітента, незалежно від того, чи відповідь на такий запит Генеральний прокурор, чи емітент його відкличе ще до отримання відповіді.

(3) Будь-який емітент, що направив запит Генеральному прокурору згідно з пунктом (1), може відкликати свій запит до надання Генеральним прокурором висновку у відповідь на такий запит. Будь-який відкликаний таким чином запит не має сили та дії.

(4) Генеральний прокурор максимально, наскільки це можливо, надає своєчасне роз'яснення щодо поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції стосовно вищезазначених положень цієї глави потенційним експортерам та малим підприємствам, які не можуть отримати спеціалізовану консультацію з питань, що стосуються таких положень. Такі роз'яснення обмежуються відповідями на запити відповідно до пункту (1) щодо відповідності конкретної можливої поведінки поточної правозастосовної політиці Міністерства юстиції щодо вищезазначених положень цієї глави та загальними роз'ясненнями обов'язків щодо дотримання вимог та потенційної відповідальності відповідно до вищезазначених положень цієї глави.

(f) Визначення

Для цілей цієї глави:

(1)(A) Термін «іноземна посадова особа» означає будь-яку посадову особу або працівника як іноземного уряду чи будь-якого його департаменту, агентства, відомства чи установи, так і міжнародної організації, або будь-яку особу, яка в межах своїх службових обов'язків діє офіційно від імені або працює для будь-якого такого уряду чи його департаменту, агентства, відомства чи установи, або на будь-яку таку публічну міжнародну організацію чи від її імені.

(B) Для цілей підпункту (A) термін «публічна міжнародна організація» означає –

(i) організацію, визначену наказом Президента відповідно до глави 288 розділу 22; або

(ii) будь-яку іншу міжнародну організацію, визначену наказом Президента для цілей цього розділу, що діє з дати публікації такого наказу у Федеральному реєстрі.

(2) (A) Розумовий стан особи як «обізнаність» застосовується щодо поведінки, обставини або результату, якщо –

(i) така особа усвідомлює, що вона бере участь у такій поведінці, що така обставина існує або такий результат практично напевно відбудеться; або

(ii) така особа беззаперечно впевнена у тому, що така обставина існує або що такий результат з великою ймовірністю настане.

(B) Коли для вчинення правопорушення потрібна обізнаність про існування певної обставини, така обізнаність вважається встановленою, якщо особі відомо про високу ймовірність існування такої об-

ставини, за винятком випадків, коли особа насправді вважає, що такої обставини не існує.

(3)(A) Термін «звичайні дії державних органів та установ» означає тільки ті дії, які виконуються іноземною посадовою особою в затвердженому звичайному порядку в процесі —

(i) видачі дозволів, ліцензій чи інших офіційних документів, які дають право конкретній особі займатися бізнесом в іноземній державі;

(ii) оформлення офіційних документів, таких як візи та замовлення на виконання робіт;

(iii) надання поліційної охорони, забезпечення прийому та доставки пошти або планування інспекцій, пов'язаних з виконанням контрактів, або інспекцій, пов'язаних з транзитом товарів через територію країни;

(iv) забезпечення телефонного зв'язку, енерго- і водопостачання, проведення завантажувально-розвантажувальних робіт або захисту продуктів, що швидко псуються, або товарів від пошкодження; або

(v) дії аналогічного характеру.

(B) Термін «звичайні дії державних органів та установ» не включає ніяких рішень, які приймає іноземна посадова особа щодо налагодження нових чи збереження старих ділових контактів з визначеною стороною або щодо умов, на яких це буде робитися, а також ніяких дій, які здійснює іноземна посадова особа, беручи участь у прийнятті рішень, з метою сприяння прийняттю рішення про налагодження нових або збереження старих ділових контактів з визначеною стороною.

(g) Альтернативна юрисдикція

(1) Також протиправним для будь-якого емітента, створеного у відповідності з законами Сполучених Штатів, окремого Штату, території, володіння чи співдружності Сполучених штатів, або їх політичного підрозділу, чи такого, цінні папери якого реєструються у відповідності з главою 78I даного розділу, або зобов'язаного здавати звітність згідно з положеннями глави 78o(d) цього розділу, а також для будь-якої особи Сполучених Штатів, яка є посадовою особою, директором, працівником чи агентом такого емітента або ж його акціонером, який діє від його імені, є здійснення будь-яких дій корупційного характеру поза Сполученими Штатами на підтримку пропозиції, платежу, обіцянки оплати або дозволу на передачу чогось цінного для будь-яких фізичних чи юридичних осіб, зазначених в пунктах (1), (2) і (3) підглави (a) цієї глави у викладених у ній цілях незалежно від використання таким емітентом або такою посадовою особою, директором, працівником, агентом, або акціонером пошти або будь-яких інших засобів або інструментів транскордонної торгівлі для підтримки, здійснення або просування таких пропозицій, подарунків, виплат, обіцянок або дозволів.

(2) В тому значенні, як цей термін використовується в цій підглаві «особа Сполучених Штатів» означає підданого Сполучених Штатів (як визначено в главі 1101 розділу 8) або будь-яку корпорацію, асоціацію, акціонерне товариство, бізнес-траст, неінкорпоровану організацію або індивідуальне приватне підприємство, організоване за законами Сполучених Штатів або будь-якого зі штатів, території, володіння чи співдружності Сполучених Штатів, або якогось їхнього політичного підрозділу.

15 U.S.C. § 78DD-2 ПРАКТИКИ У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЇ ТОРГІВЛІ, ЗАБОРОНЕНІ ДЛЯ ВНУТРІШНІХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

(а) Заборона

Протиправним для будь-якого внутрішнього суб'єкта господарювання, за виключенням емітентів, на яких поширюється дія глави 78dd-1 цього розділу, або для будь-яких посадових осіб, директорів, працівників чи агентів такого внутрішнього суб'єкта господарювання чи для будь-кого з його акціонерів, що діють від імені такого не внутрішнього суб'єкта, є використання з корупційною метою пошти чи будь-яких інших інструментів транскордонної торгівлі для підтримки, пропозиції, платежу, обіцянки виплати чи дозволу на здійснення виплати грошей чи пропозиції, подарунку, обіцянки передачі чи дозволу на передачу чогось цінного для –

(1) будь-якої іноземної посадової особи з метою –

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення такої посадової особи в межах її службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи вчинити або не вчинити будь-які дії з порушенням законних обов'язків такої посадової особи, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання такої іноземної посадової особи до використання свого впливу на іноземний уряд або на його установи для здійснення впливу на будь-яку дію або рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такому внутрішньому суб'єкту господарювання у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу;

(2) будь-якої іноземної політичної партії чи її офіційних представників або для будь-якого кандидата на іноземну державну посаду з метою –

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, направлених на порушення встановлених законом обов'язків таких партій, їх пред-

ставників чи кандидатів, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії чи рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такому внутрішньому суб'єкту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу; або

(3) будь-якої особи у разі обізнаності про те, що усі або частина таких грошей чи цінних речей будуть запропоновані, передані або обіцяні, прямо або опосередковано, будь-якій іноземній посадовій особі, будь-якій іноземній політичній партії або її представникам, або ж будь-якому кандидату на іноземну державну посаду, з метою –

(А) (i) впливу на будь-яку дію чи рішення такої іноземної посадової особи, політичної партії, її офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційних представників партії чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, направлених на порушення встановлених законом обов'язків такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії чи рішення такого уряду чи його установ для того, щоб сприяти такому емітенту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження чи збереження бізнесу.

(b) Винятки для звичайних процедур державних установ

Підглави (а) і (i) даної глави не застосовуються до будь-якого виду стимулювання чи прискорення платежів іноземній посадовій особі, політичній партії чи офіційному представнику політичної партії, метою яких є прискорення або забезпечення виконання звичайної процедури державної установи іноземною посадовою особою, політичною партією чи офіційним представником партії.

(c) Аргументи захисту

Аргументами захисту на користь дій, описаних в підглавах (а) або (i) даної глави, вважаються –

(1) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є законними відповідно до писаних законів та правил країни іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата; або

(2) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є розумними та добросчесними витратами, як наприклад, витрати на проїзд та проживання, понесені іноземною посадовою особою, партією, офіційним представником партії чи кандидатом або від їх імені, і є безпосередньо пов'язаними з –

(А) просуванням, демонстрацією чи поясненням щодо продуктів чи послуг; або

(В) виконанням положень договору з іноземним урядом чи його агентством.

(d) Судова заборона

(1) Якщо до відома Генерального прокурора дійде інформація про те, що якийсь внутрішній суб'єкт господарювання, діяльність якого охоплюється цією главою, або його посадова особа, директор, працівник, агент чи акціонер залучені або мають намір долучитися до якихось дій чи практик, які порушують положення підглав (а) чи (і) даної глави, Генеральний прокурор може на свій розсуд подати цивільний позов у відповідний окружний суд Сполучених Штатів з метою накладання заборони на такі дії чи практики, а після надання переконливих доказів суд може накласти постійну заборону або видати наказ про тимчасову заборону без застави.

(2) Для цілей будь-якого розслідування цивільної справи, яке, на думку Генерального прокурора, є необхідним та належним для забезпечення дотримання положень цієї глави, Генеральний прокурор або його уповноважена особа отримують повноваження приводити до присяги та приймати заяви, викликати до суду свідків, брати свідчення та вимагати надання будь-яких бухгалтерських або інших документів, які Генеральний прокурор визнає такими, що стосуються справи або є суттєвими для такого розслідування. Присутність свідків та подання документальних доказів може вимагатися з будь-якого місця Сполучених Штатів або будь-якої території, володіння чи співдружності Сполучених Штатів у будь-якому визначеному місці проведення слухань.

(3) У випадку відмови будь-якої особи виконати рішення суду чи ігнорування нею повісток Генеральний прокурор може звернутися по допомогу до будь-якого суду Сполучених Штатів, під юрисдикцією якого проводиться таке розслідування чи провадження, або в якому проживає або веде справи така особа, з метою забезпечення присутності свідків та дачі ними показів й надання бухгалтерських, службових та інших документів. Будь-який такий суд може видати наказ, який вимагає, щоб така особа

з'явилася до Генерального прокурора або його уповноваженого, надала записи та документи, якщо це потрібно, або дала свідчення щодо розслідуваного питання. Будь-яке невиконання такого наказу суду може бути покарано цим судом за неповагу до суду. Усі процесуальні дії у будь-якій такій справі можуть здійснюватися в судовому окрузі, в якому проживає або може бути виявлена така особа. Генеральний прокурор може прийняти такі правила щодо розслідувань у цивільних справах, які можуть бути необхідні або доречні для реалізації положень цієї підглави.

(е) Настанови Генерального прокурора

Не пізніше, ніж через шість місяців після 23 серпня 1988 року, Генеральний прокурор після консультацій з Комісією з цінних паперів та бірж, міністром торгівлі, торговим представником Сполучених Штатів, Державним секретарем і міністром фінансів, а також після отримання думок усіх зацікавлених осіб через процедури публічного оповіщення і отримання коментарів, визначає, до якого рівня можна посилити виконання та дотримання положень даної глави і підтримати ділову спільноту шляхом надання подальших роз'яснень вищезазначених положень даної глави, і може, ґрунтуючись на даному визначенні і в тій мірі, в якій це необхідно та доцільно, видати —

(1) керівні настанови з описом конкретних типів поведінки, пов'язаних із загальними типами зовнішньоторговельних домовленостей і ділових контрактів, які для цілей поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції, на думку Генерального прокурора, відповідатимуть вищезазначеним положенням даної глави; і

(2) загальні превентивні процедури, які добровільно можуть використовувати внутрішні суб'єкти господарювання для приведення своєї поведінки у відповідність з поточною правозастосовною політикою Міністерства юстиції щодо вищезазначених положень даної глави.

Генеральний прокурор видає керівні настанови і процедури, згадані в попередньому реченні, у відповідності з положеннями підчастини II частини 5 розділу 5, і такі керівні настанови і процедури регулюються положеннями частини 7 того розділу.

(f) Роз'яснення Генерального прокурора

(1) Генеральний прокурор після консультацій з відповідними департаментами і відомствами Сполучених Штатів, а також після отримання думок усіх зацікавлених сторін через процедури публічного оповіщення і отримання коментарів, встановлює процедуру надання відповідей на конкретні запити внутрішніх суб'єктів господарювання щодо відповідності їх поведінки поточній правозастосовній політиці Міністерства юстиції, що відповідає вищезазначеним положенням цієї глави. Протягом 30 днів після отримання

такого запиту Генеральний прокурор видає роз'яснення у відповідь на такий запит. У роз'ясненні зазначається, чи визначена конкретна потенційна поведінка порушує вищезазначені положення цієї глави в контексті поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції. Генеральному прокурору можуть подаватися запити на отримання роз'яснення щодо інших визначених можливих типів поведінки, які виходять за рамки типів поведінки, визначених в попередніх запитах. У випадку будь-якого позову, поданого відповідно до положень цієї глави, діє спростовна презумпція того, що поведінка, яка зазначена у запиті внутрішнього суб'єкта господарювання і щодо якої Генеральний прокурор дав роз'яснення про те, що така поведінка відповідає поточній правозастосовній політиці Міністерства юстиції, відповідає вищезазначеним положенням цієї глави. Така презумпція може бути спростована за наявності більш вагомих доказів. При розгляді презумпції для цілей цього пункту суд оцінює усі відповідні фактори, включаючи серед іншого й те, чи була інформація, подана Генеральному прокурору, точною та повною і чи відноситься вона до типу поведінки, описаної в якомусь із запитів, отриманих Генеральним прокурором. Генеральний прокурор встановлює процедуру, передбачену цим пунктом, відповідно до положень підчастини II частини 5 Розділу 5, і на цю процедуру поширюються положення частини 7 даного розділу.

(2) Будь-який документ або інший матеріал, наданий Міністерству юстиції або будь-якому іншому департаменту чи відомству Сполучених Штатів, а також отриманий або підготовлений ними у зв'язку із запитом внутрішнього суб'єкта господарювання у порядку, встановленому у пункті (1), звільняється від вимоги про розголошення відповідно до глави 552 розділу 5 і не передається у відкритий доступ крім, як за згодою внутрішнього суб'єкта господарювання, незалежно від того, чи відповідь на такий запит Генеральний прокурор, чи внутрішній суб'єкт господарювання його відкличе ще до отримання відповіді.

(3) Будь-який внутрішній суб'єкт господарювання, що направив запит Генеральному прокурору згідно з пунктом (1), може відкликати свій запит до надання Генеральним прокурором роз'яснення у відповідь на такий запит. Будь-який відкликаний таким чином запит не має сили та дії.

4) Генеральний прокурор максимально можливо надає своєчасне роз'яснення щодо поточної правозастосовної політики Міністерства юстиції щодо вищезазначених положень цієї глави потенційним експортерам та малим підприємствам, які не можуть отримати спеціалізовану консультацію з питань, що стосуються цих положень. Такі роз'яснення обмежуються відповідями на запити відповідно до пункту (1) щодо відповідності конкретної можливої поведінки поточній правозастосовній політиці Міністерства юстиції щодо вищезазначених положень цієї глави та загальними роз'ясненнями обов'язків щодо дотримання вимог та потенційної відповідальності відповідно до вищезазначених положень цієї глави.

(g) Покарання

(1)(А) На будь-який внутрішній суб'єкт господарювання, який не є фізичною особою і який порушує положення підглави (а) чи (і) цієї глави, накладається штраф не більше 2 млн \$.

(В) На будь-який внутрішній суб'єкт господарювання, який не є фізичною особою і який порушує підглави (а) або (і) цієї глави, накладається цивільно-правове стягнення на суму не більше, ніж 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Генеральним прокурором.

(2) (А) Будь-яка фізична особа, яка є посадовою особою, директором, працівником, агентом внутрішнього суб'єкта господарювання, або акціонером, що діє від імені такого суб'єкта, і навмисно порушує положення підглави (а) чи (і) цієї глави, піддається штрафу у розмірі не більше 100 тис. \$ або ув'язненню на строк не більше 5 років, або карається і штрафом, і ув'язненням.

(В) На будь-яку фізичну особу, яка є посадовою особою, директором, працівником чи агентом внутрішнього суб'єкта господарювання або його акціонером, яка діє від імені такого суб'єкта, яка порушує підглави (а) або (і) цієї глави, накладається цивільно-правове стягнення на суму не більше, ніж 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Генеральним прокурором.

(3) Якщо штраф накладено згідно з пунктом (2) на будь-кого з посадових осіб, директорів, працівників, агентів чи акціонерів внутрішнього суб'єкта господарювання, то такий штраф не може бути оплачений прямо чи опосередковано цим суб'єктом господарювання.

(h) Визначення

Для цілей даної глави:

(1) Термін «внутрішній суб'єкт господарювання» означає —

(А) будь-яку особу, яка є громадянином, підданим чи резидентом Сполучених Штатів; і

(В) будь-яке підприємство, асоціацію, акціонерне товариство, бізнес-траст, неінкорпоровану організацію або індивідуальне приватне підприємство, основним місцем ведення бізнесу якого є Сполучені Штати, або яке організоване відповідно до законодавства одного зі штатів Сполучених Штатів, їх територій, володінь або співдружності.

(2)(А) Термін «іноземна посадова особа» означає будь-яку посадову особу або працівника як іноземного уряду чи будь-якого його департаменту, агентства, відомства чи установи, так і міжнародної організації, або будь-яку особу, яка в межах своїх службових обов'язків діє офіційно від імені або працює для будь-якого такого уряду чи його департаменту, агентства, відомства чи установи, або на якусь таку міжнародну організацію чи від її імені.

(В) Для цілей підпункту (А) термін «публічна міжнародна організація» означає –

(i) організацію, визначену наказом Президента відповідно до глави 288 розділу 22; або

(ii) будь-яку іншу міжнародну організацію, визначену Указом Президента для цілей цього розділу, що діє з дати публікації такого указу у Федеральному реєстрі.

(3) (А) Розумовий стан особи як «обізнаність» застосовується щодо поведінки, обставини або результату, якщо –

(i) така особа усвідомлює, що вона бере участь у такій поведінці, що така обставина існує або такий результат практично напевно відбудеться; або

(ii) така особа має тверду впевненість у тому, що така обставина існує або що такий результат з великою ймовірністю настане.

(В) Коли для вчинення правопорушення потрібна обізнаність про існування певної обставини, така обізнаність вважається встановленою, якщо особі відомо про високу ймовірність існування такої обставини, за винятком випадків, коли особа насправді вважає, що такої обставини не існує.

(4)(А) Термін «звичайні дії державних органів та установ» означає тільки ті дії, які виконуються іноземною посадовою особою в затвердженому звичайному порядку в процесі –

(i) видачі дозволів, ліцензій чи інших офіційних документів, які дають право конкретній особі займатися бізнесом в іноземній державі;

(ii) оформлення офіційних документів, таких як візи та замовлення на виконання робіт;

(iii) надання поліційної охорони, забезпечення прийому та доставки пошти або планування інспекцій, пов'язаних з виконанням контрактів, або інспекцій, пов'язаних з транзитом товарів через територію країни;

(iv) забезпечення телефонного зв'язку, енерго- і водопостачання, проведення завантажувально-розвантажувальних робіт або захисту продуктів, що швидко псуються, або товарів від пошкодження; або

(v) дій аналогічного характеру.

(В) Термін «звичайні дії державних органів та установ» не включає ніяких рішень, які приймає іноземна посадова особа щодо налагодження нових чи збереження старих ділових контактів з визначеною стороною або щодо умов, на яких це буде робитися, а також ніяких дій, які здійснює іноземна посадова особа, беручи участь у прийнятті рішень, з метою сприяння прийняттю рішення про налагодження нових або збереження старих ділових контактів з визначеною стороною.

(5) Термін «транскордонна торгівля» означає торгівлю, комерційні відносини, транспортування чи комунікації між окремими штатами, або між будь-якою іноземною країною і будь-яким штатом, або між якимось

штатом і якимось місцем чи судном, що знаходиться поза його межами, також цей термін включає використання в межах будь-якого штату —

(А) засобів телефонного чи іншого засобу транскордонного зв'язку, або

(В) будь-яких інших транскордонних засобів.

(і) Альтернативна юрисдикція

(1) Також протиправним для будь-якої особи Сполучених Штатів є здійснення будь-яких дій корупційного характеру поза Сполученими Штатами на підтримку пропозиції, платежу, обіцянки оплати або дозволу на передачу грошей, чи пропозиції, подарунків, обіцянок передачі чогось цінного для будь-яких фізичних чи юридичних осіб, зазначених в пунктах (1), (2) і (3) підглави (а) цієї глави у викладених у ній цілях незалежно від використання такою особою Сполучених Штатів пошти або будь-яких інших засобів або інструментів транскордонної торгівлі для підтримки, здійснення або просування таких пропозицій, подарунків, платежів, обіцянок або дозволів.

(2) В тому значенні, як цей термін використовується в цій підглаві «особа Сполучених Штатів» означає підданого Сполучених Штатів (як визначено в главі 1101 розділу 8) або будь-яку корпорацію, асоціацію, акціонерне товариство, бізнес-траст, неінкорпоровану організацію або індивідуальне приватне підприємство, організоване за законами Сполучених Штатів або будь-якого зі штатів, території, володіння чи співдружності Сполучених Штатів, або якогось їхнього політичного підрозділу.

15 U.S.C. § 78DD-3 ПРАКТИКИ У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЇ ТОРГІВЛІ, ЩО ЗАБОРОНЕНІ ДЛЯ ОСІБ, ЯКІ НЕ Є ЕМІТЕНТАМИ ЧИ ВНУТРІШНІМИ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ

(а) Заборона

Протиправним для будь-якої особи, за винятком емітентів, на яких поширюється дія глави 78dd-1 [Глава 30А Закону про біржі] цього розділу, або для внутрішніх суб'єктів господарювання (як визначено в главі 78dd-2 цього розділу), або для будь-якої посадової особи, директора, працівника чи представника такої особи, або для будь-якого з її акціонерів, що діє від імені такої особи, є використання під час перебування на території Сполучених Штатів у корупційних цілях пошти або будь-яких інших засобів, або інструментів транскордонної торгівлі чи здійснення якихось інших дій на підтримку пропозиції, платежу, обіцянки здійснити платіж, або ж дозволу на здійснення переказів будь-яких коштів, чи

пропозицій, подарунків, обіцянок надати що-небудь (або дозволи на надання чого-небудь), що має цінність для —

1) будь-якої іноземної посадової особи з метою —

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення такої іноземної посадової особи, зроблені нею в межах її службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи вчинити або не вчинити будь-які дії з порушенням законних обов'язків такої посадової особи, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання такої іноземної посадової особи до використання свого впливу на іноземний уряд або на його установи для здійснення впливу на будь-яку дію або рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такій особі у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу;

(2) будь-якої іноземної політичної партії чи її офіційних представників або для будь-якого кандидата на іноземну державну посаду з метою —

(А) (i) здійснення впливу на будь-яку дію чи рішення таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, направлених на порушення встановлених законом обов'язків таких партій, їх представників чи кандидатів, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання таких партій, їх офіційних представників чи кандидатів до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії, чи рішення такого уряду чи його установ

для того, щоб сприяти такій особі у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу; або

(3) будь-якої особи у разі обізнаності про те, що усі або частина таких грошей чи цінних речей будуть запропоновані, передані або обіцяні, прямо або опосередковано, будь-якій іноземній посадовій особі, будь-якій іноземній політичній партії або її представникам, або ж будь-якому кандидату на іноземну державну посаду, з метою —

(А) (i) впливу на будь-яку дію чи рішення такої іноземної посадової особи, політичної партії, її офіційних представників чи кандидатів, здійснених ними в межах їх службових обов'язків, (ii) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційних представників партії чи кандидатів до вчинення чи невчинення дій, направлених на порушення встановлених законом обов'язків такої іноземної посадової

особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата, або (iii) забезпечення отримання будь-яких неналежних переваг; або

(В) спонукання такої іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата до використання свого впливу на іноземний уряд чи на його установи для здійснення впливу на будь-які дії чи рішення такого уряду чи його установ для того, щоб сприяти такому емітенту у налагодженні або збереженні ділових відносин на користь будь-якої особи або з якоюсь особою, або для надання будь-якій особі можливостей для налагодження бізнесу.

(b) Виключення для звичайних процедур державних установ

Підглава (а) даної глави не застосовуються до будь-якого виду стимулювання чи прискорення платежів іноземній посадовій особі, політичній партії чи офіційному представнику політичної партії, метою яких є прискорення або забезпечення виконання звичайної процедури державної установи іноземною посадовою особою, політичною партією чи офіційним представником партії.

(c) Аргументи захисту

Аргументами захисту на користь дій, описаних в підглаві (а) даної глави, вважаються –

(1) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є законними відповідно до писаних законів та правил країни іноземної посадової особи, політичної партії, офіційного представника партії чи кандидата; або

(2) зроблений платіж, подарунок, пропозиція або обіцянка чогось цінного, які є розумними та добросовісними витратами, як наприклад, витрати на проїзд та проживання, понесені іноземною посадовою особою, партією, офіційним представником партії чи кандидатом або від їх імені, і є безпосередньо пов'язаними з –

(А) просуванням, демонстрацією чи поясненням продуктів чи послуг; або

(В) виконанням положень договору з іноземним урядом чи його відомством.

(d) Судова заборона

1) Якщо до відома Генерального прокурора дійде інформація про те, що якась фізична чи юридична особа, діяльність якої охоплюється цією главою, або її посадова особа, директор, працівник, агент чи акціонер залучені або мають намір долучитися до якихось дій чи практик, які пору-

шують положення підглави (а) даної глави, Генеральний прокурор може на свій розсуд подати цивільний позов у відповідний окружний суд Сполучених Штатів з метою накладання заборони на такі дії чи практики, а після надання переконливих доказів суд може накласти постійну заборону або видати наказ про тимчасову заборону без застави.

(2) Для цілей будь-якого розгляду цивільної справи, який, на думку Генерального прокурора, є необхідним та належним для забезпечення дотримання положень цієї глави, Генеральний прокурор або його уповноважена особа отримують повноваження приводити до присяги та приймати заяви, викликати до суду свідків, брати свідчення та вимагати надання будь-яких бухгалтерських або інших документів, які Генеральний прокурор визнає такими, що стосуються справи або є суттєвими для такого розслідування. Присутність свідків та подання документальних доказів може вимагатися з будь-якого місця Сполучених Штатів або будь-якої території, володіння чи співдружності Сполучених Штатів у будь-якому визначеному місці проведення слухань.

У випадку відмови якоїсь особи виконати рішення суду чи ігнорування нею повісток Генеральний прокурор може звернутися по допомогу до будь-якого суду Сполучених Штатів, під юрисдикцією якого проводиться таке розслідування чи провадження, або в якому проживає або веде справи така особа, з метою забезпечення присутності свідків та дачі ними показів і надання бухгалтерських, службових і інших документів. Будь-який такий суд може видати наказ, який вимагає, щоб така особа з'явилася до Генерального прокурора або її уповноваженого, надала документи, якщо це потрібно, або дала свідчення щодо розслідуваного питання. Будь-яке невиконання такому наказу суду може бути покарано цим судом за неповагу до суду.

(4) Усі процесуальні дії у будь-якій такій справі можуть здійснюватися в судовому окрузі, в якому проживає або може бути виявлена така особа. Генеральний прокурор може прийняти такі правила щодо розслідувань у цивільних справах, які можуть бути необхідні або доречні для реалізації положень цієї підглави.

(е) Покарання

На будь-яку юридичну особу, яка порушує положення підглаву (а) цієї глави, накладається штраф не більше 2 млн \$.

(В) На будь-яку юридичну особу, яка порушує підглаву (а) цієї глави, накладається цивільно-правове стягнення на суму не більше ніж 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Генеральним прокурором.

(2) (А) Будь-яка фізична особа, яка навмисно порушує положення підглави (а) цієї глави, штрафується у розмірі не більше 100 тис. \$ або ув'язнюється на строк не більше 5 років, або карається і штрафом, і ув'язненням.

(В) На будь-яку фізичну особу, яка порушує підглаву (а) цієї глави, накладається цивільно-правове стягнення на суму не більше, ніж 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Генеральним прокурором.

(3) Якщо штраф накладено згідно з пунктом (2) на будь-кого з посадових осіб, директорів, працівників, агентів чи акціонерів юридичної особи, то такий штраф не може бути оплачений прямо чи опосередковано такою юридичною особою.

(f) Визначення

Задля цілей цієї глави:

(1) Термін «особа», коли іде мова про правопорушника, означає будь-яку фізичну особу, яке не є підданим Сполучених Штатів (як визначено в главі 1101 розділу 8) або будь-яку корпорацію, партнерство, асоціації, акціонерну компанію, бізнес-траст, неінкорпоровану організацію чи індивідуальне приватне підприємство, організовані у відповідності з законами іноземної держави або її адміністративно-територіального утворення.

(1)(A) Термін «іноземна посадова особа» означає будь-яку посадову особу або працівника як іноземного уряду чи будь-якого його департаменту, агентства, відомства чи установи, так і міжнародної організації, або будь-яку особу, яка в межах своїх службових обов'язків діє офіційно від імені або працює для будь-якого такого уряду чи його департаменту, агентства, відомства чи установи, або на якусь таку міжнародну організацію чи від її імені.

Для цілей підпункту (A) термін «публічна міжнародна організація» означає –

(i) організацію, визначену наказом Президента відповідно до глави 288 розділу 22;
або

(ii) будь-яку іншу міжнародну організацію, визначену наказом Президента для цілей цього розділу, що діє з дати публікації такого наказу у Федеральному реєстрі.

(3) (A) Розумовий стан особи як «обізнаність» застосовується щодо поведінки, обставини або результату, якщо –

(i) така особа усвідомлює, що вона бере участь у такій поведінці, що така обставина існує або такий результат практично напевно відбудеться; або

(ii) така особа має тверду впевненість у тому, що така обставина існує або що такий результат з великою ймовірністю настане.

(B) Коли для вчинення правопорушення потрібна обізнаність про існування певної обставини, така обізнаність вважається встановленою, якщо особі відомо про високу ймовірність існування такої обставини, за винятком випадків, коли особа насправді вважає, що такої обставини не існує.

(4)(A) Термін «звичайні дії державних органів та установ» означає тільки ті дії, які виконуються іноземною посадовою особою в затвердженому звичайному порядку в процесі —

(i) видачі дозволів, ліцензій чи інших офіційних документів, які дають право конкретній особі займатися бізнесом в іноземній державі;

(ii) оформлення офіційних документів, таких як візи та замовлення на виконання робіт;

(iii) надання поліційної охорони, забезпечення прийому та доставки пошти або планування інспекцій, пов'язаних з виконанням контрактів, або інспекцій, пов'язаних з транзитом товарів через територію країни;

(iv) забезпечення телефонного зв'язку, енерго- і водопостачання, проведення завантажувально-розвантажувальних робіт або захисту продуктів, що швидко псуються, або товарів від пошкодження; або

(v) дії аналогічного характеру.

(B) Термін «звичайні дії державних органів та установ» не включає ніяких рішень, які приймає іноземна посадова особа щодо налагодження нових чи збереження старих ділових контактів з визначеною стороною або щодо умов, на яких це буде робитися, а також ніяких дій, які здійснює іноземна посадова особа, беручи участь у прийнятті рішень, з метою сприяння прийняттю рішення про налагодження нових або збереження старих ділових контактів з визначеною стороною.

(5) Термін «транскордонна торгівля» означає торгівлю, комерційні відносини, транспортування чи комунікації між окремими штатами, або між будь-якою іноземною країною і будь-яким штатом, або між якимось штатом і якимось місцем чи судном, що знаходиться поза його межами, також цей термін включає використання в межах будь-якого штату —

(A) засобів телефонного чи іншого засобу транскордонного зв'язку, або

(B) будь-яких інших транскордонних засобів.

15 U.S.C. § 78M ПЕРІОДИЧНІ ТА ІНШІ ЗВІТИ [ГЛАВА 13 ЗАКОНУ ПРО ТОРГІВЛЮ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ 1934]

(a) Звіти емітента цінних паперів; зміст

Кожен емітент цінних паперів, зареєстрований відповідно до глави 78I цього розділу, повинен подати до Комісії, відповідно до таких правил та положень, які Комісія може визначити як необхідні або доречні для належного захисту інвесторів та забезпечення проведення чесних угод з цінними паперами, —

(1) таку інформацію та документи (і такі їх копії), які Комісія вимагатиме для підтримання в розумній мірі актуальності інформації та до-

кументів, які мають бути включені до подання або реєстраційної заяви, поданої відповідно до глави 78I цього розділу, за винятком того, що Комісія не може вимагати заповнення інформації про будь-який суттєвий контракт, який повністю виконаний до 1 липня 1962 року.

(2) такі річні звіти (і такі їх копії), завірені, якщо цього вимагають правила та положення Комісії, незалежними професійними аудиторами, та такі квартальні звіти (і такі їх копії), які може вимагати Комісія.

Кожен емітент цінних паперів, зареєстрований на національній біржі цінних паперів, повинен також подати на біржу другий екземпляр такої інформації, документів та звітів. У будь-якій реєстраційній заяві, періодичному звіті або інших звітах, які повинні бути подані до Комісії, компанія-початківець не повинна представляти вибіркові фінансові дані відповідно до глави 229.301 розділу 17 Кодексу федеральних приписів за будь-який період до найпершого аудированого періоду, представленого у зв'язку з його першою заявою про реєстрацію цінних паперів, що набула чинності відповідно до цієї частини або Закону про цінні папери 1933 року [15 U.S.C. § 77a та наступні], і стосовно будь-якої такої заяви або звітів від компанії, що розвивається, не може вимагатися дотримання будь-якого нового або переглянутого стандарту фінансового обліку до тієї дати, коли компанія, яка не є емітентом (як визначено в главі 7201 цього розділу), має дотримуватися такого нового або переглянутого стандарту обліку, якщо такий стандарт застосовується до компаній, які не є емітентами.

(b) Форма звіту; бухгалтерські документи та внутрішній облік; директиви

Щодо звітів, що складаються відповідно до цієї частини, Комісія може встановити форму або форми, в яких має бути викладена необхідна інформація, статті або деталі, які мають бути показані в балансі та звіті про доходи, та методи, яких слід дотримуватися під час підготовки звітів, при аналізі або оцінці активів та зобов'язань, при визначенні амортизації та зносу, при диференціації повторюваних і неповторних доходів, при диференціації інвестиційного та операційного доходу, а також при підготовці, якщо Комісія визнає за необхідне або бажане, окремих та/або консолідованих балансів або звітів про доходи будь-якої особи, яка прямо або опосередковано контролює або контролюється емітентом, або будь-якої особи, яка перебуває під прямим або непрямим загальним контролем з емітентом; але у разі звітів будь-якої особи, методи бухгалтерського обліку якої передбачені положеннями якогось певного закону Сполучених Штатів або якогось певного правила чи постанови щодо неї, правила та положення Комісії щодо звітів не повинні суперечити вимогам, встановленим таким законом або правилом чи постановою щодо

того ж об'єкта (за винятком випадків, коли такі правила та положення Комісії можуть виходити за рамки таких вимог у тій мірі, в якій Комісія визначить, що це вимагається для задоволення інтересів громадськості або для захисту інвесторів).

(2) Кожен емітент, який має клас цінних паперів, зареєстрованих відповідно до глави 78I даного розділу, та кожен емітент, який зобов'язаний подавати звіти відповідно до глави 78o(d) цього розділу, повинен —

(А) складати та вести бухгалтерські документи та рахунки, які в достатній мірі детально, точно та достовірно відображають транзакції та переміщення активів емітента;

(В) розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку, достатню для забезпечення обґрунтованих гарантій того, що —

(i) операції здійснюються за загальним або спеціальним дозволом керівництва;

(ii) операції записуються так, як це необхідно (I) для забезпечення підготовки фінансової звітності відповідно до загальноприйнятих принципів фінансового обліку або будь-яких інших критеріїв, що застосовуються до такої звітності, та (II) для забезпечення підзвітності активів;

(iii) доступ до активів дозволений лише за загальним або спеціальним дозволом керівництва; і

(iv) зафіксована звітність щодо активів порівнюється з існуючими активами через розумні проміжки часу, і стосовно будь-яких відмінностей вживаються відповідні заходи; і

(С) незважаючи на будь-яке інше положення закону, сплачувати належну частку такого емітента обґрунтованої щорічної плати за ведення бухгалтерського обліку або плати, визначеної відповідно до глави 7219 цього розділу.

(3) (А) Щодо питань, що стосуються національної безпеки Сполучених Штатів, жодні обов'язки або відповідальність відповідно до пункту (2) цієї підглави не повинні накладатися на жодну фізичну чи юридичну особу, що діє у співпраці з керівником будь-якого федерального департаменту або агентства, відповідального за такі питання, якщо така дія у співпраці з керівником департаменту або агенції була здійснена за конкретно письмовою директивою керівника такого департаменту чи агенції відповідно до президентських повноважень на видання таких директив. У кожній директиві, виданій відповідно до цього пункту, мають бути зазначені конкретні факти та обставини, щодо яких мають застосовуватись положення цього пункту. Строк дії кожної такої директиви, якщо вона не продовжена письмово, спливає через рік після дати видачі.

(В) Кожен керівник федерального департаменту або агентства США, що видає таку директиву відповідно до цього пункту, повинен вести повний реєстр всіх таких директив і 1 жовтня кожного року передава-

ти короткий виклад питань, що охоплюються такими директивами, які були чинними у будь-який час протягом попереднього року, до Постійного спеціального комітету із розвідки Палати представників та Спеціального комітету із розвідки Сенату.

(4) Кримінальна відповідальність за невиконання вимог пункту (2) цієї підглави не настає, за винятком випадків, передбачених у пункті (5) цієї підглави.

(5) Жодна особа не повинна свідомо обходити або не застосовувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку або свідомо фальсифікувати якісь бухгалтерські документи чи рахунки, описані в пункті (2).

(6) Якщо емітент, клас цінних паперів якого зареєстрований відповідно до глави 78I цього розділу, або емітент, який зобов'язаний подавати звіти відповідно до глави 78o(d) цього розділу, володіє 50 відсотками або менше прав голосу по відношенню до вітчизняної або іноземної компанії, положення пункту (2) вимагають тільки того, щоб емітент добросовісно використовував свій вплив у тій мірі, на скільки це розумно з врахуванням обставин емітента, щоб змусити таку вітчизняну чи іноземну компанію розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку відповідно до пункту (2). Такі обставини включають відносний ступінь володіння емітентом вітчизняною чи іноземною компанією, а також закони та практику, що регулюють ділові операції країни, де знаходиться така компанія. Емітент, який демонструє добросовісні зусилля щодо використання такого впливу, беззаперечно вважається таким, що виконав вимоги пункту (2).

(7) Для цілей пункту (2) цієї підглави терміни «обґрунтовані гарантії» та «обґрунтована деталізація» означають такий рівень деталізації та рівень гарантій, який задовольнив би розсудливих посадових осіб при веденні їх власних справ.

15 U.S.C. § 78FF ПОКАРАННЯ [ГЛАВА 32 ЗАКОНУ ПРО ТОРГІВЛЮ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ ВІД 1934 РОКУ]

(а) Умисні порушення; неправдиві та оманливі твердження

Будь-яка особа, яка навмисно порушує якесь з положень цієї частини (за винятком глави 78dd-1 цього розділу [Глава 30а Закону про біржі]), або якісь із зазначених у ній правил і положень, порушення яких вважається протиправним або виконання яких вимагається умовами цієї частини, або будь-яка особа, яка навмисно робить сама або стає причиною будь-якого твердження у будь-якій заявці, звіті чи документі, надання яких вимагається за умовами цієї частини чи якогось вказаного в ній правила чи положен-

ня, або при прийнятті на себе якогось зобов'язання, що міститься в реєстраційному документі відповідно до підглави (d) глави 780 цього розділу,

а також при поданні заявки на членство або участь у будь-якій саморегульованій організації, так само як і при вступі в асоціацію з її членом, якщо така заява є неправдивою або вводить в оману щодо зазначених у ній істотних фактів, то на таку особу, якщо вона буде визнана винною, накладається штраф у розмірі не більше 5 млн \$ або вона ув'язнюється на строк не більше 20 років, або піддається обом покаранням, крім тих випадків, коли така особа не є фізичною особою, і в цьому випадку на неї може накладатися штраф у розмірі не більше 25 млн \$; але ніхто не може бути ув'язненим за умовами цієї глави за порушення будь-якого правила або положення, якщо доведе, що йому не було відомо про існування такого правила або положення.

(b) Неподання інформації, документації чи звітів

Будь-який емітент, який не подає інформацію, документацію чи звіт, які повинні бути надані згідно з підглавою (d) глави 780 цього розділу, або відповідно до будь-якого із зазначених у них правил або положень, сплачує Сполученим Штатам штраф у розмірі 100 доларів США за кожний наступний день неподання вищезазначених документів. Такий штраф, який замінює будь-яке кримінальне покарання за неподання документів, яке може вважатися таким, що виникло відповідно до підглави (a) цієї глави, підлягає сплаті до казначейства Сполучених Штатів і підлягає стягненню за цивільним позовом від імені Сполучених Штатів.

(c) Порушення з боку емітентів, посадових осіб, директорів, акціонерів, працівників або агентів емітентів

(1)(A) На будь-якого емітента, який порушує положення підглави (a) чи (g) глави 78dd-1 [Глава 30А Закону про біржі] цього розділу, накладається штраф не більше 2 млн \$.

(B) На будь-якого емітента, який порушує положення підглави (a) або (g) глави 78dd-1 цього розділу [Глави 30А закону про біржі], накладається цивільно-правове стягнення в розмірі не більше 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Комісією.

(2) (A) Будь-яка службова особа, директор, працівник, агент емітента чи акціонер, які діють від імені такого емітента, та які навмисно порушують підглави (a) чи (g) глави 78dd-1 цього розділу [Глави 30А закону про біржі], штрафуються у розмірі не більше 100 тис. \$ або ув'язнюються на строк не більше 5 років, або караються і штрафом, і ув'язненням.

(B) На будь-яку посадову особу, директора, працівника, агента емітента чи акціонера, які діють від імені такого емітента, та які порушують

положення підглави (а) або (g) глави 78dd-1 цього розділу [Глави 30А закону про біржі], накладається цивільно-правове стягнення в розмірі не більше 10 тис. \$, яке стягується за позовом, поданим Комісією.

(3) Якщо штраф накладено згідно з пунктом (2) на будь-кого з посадових осіб, директорів, працівників, агентів чи акціонерів емітента, то такий штраф не може бути оплачений прямо чи опосередковано таким емітентом.

ПРИМІТКИ

1. H.R. Rep. No. 95-640, at 4-5 (1977) [далі – далі – H.R. Rep. No. 95-640], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>.
2. S. Rep. No. 95-114, at 4 (1977) [далі – далі – S. Rep. No. 95-114], доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/history/1977/senaterpt-95-114.pdf>.
3. Там само; H.R. Rep. No. 95-640, at 4-5. У звіті Палати представників чітко викладено побоювання Конгресу: «Виплата хабарів з метою впливу на дії або рішення іноземних посадових осіб, іноземних політичних партій або кандидатів на іноземні політичні посади є неетичною. Це суперечить моральним очікуванням і цінностям американської громадськості. Але це не тільки неетично, це ще й поганий прийом. Це підриває довіру громадськості до цілісності системи вільного ринку. Вона замикає ринок, спрямовуючи бізнес до тих компаній, які є занадто неефективними, щоб конкурувати за ціною, якістю або сервісом, або занадто лінивими, щоб займатися чесною торгівлею, або занадто націленими на розвантаження маржинальної продукції. Коротше кажучи, це заохочує корупцію, а не ефективність, і чинить тиск на етичні підприємства, змушуючи їх знижувати свої стандарти або ризикувати втратою бізнесу». Там само.
4. Див. наприклад, Агентство США з міжнародного розвитку, Антикорупційна стратегія USAID 5-6 (2005), доступно за посиланням <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200mbo.pdf>. Зростає усвідомлення того, що корупція становить серйозну загрозу внутрішній і міжнародній безпеці, активізувало зусилля по боротьбі з нею як у Сполучених Штатах, так і за кордоном. Див. наприклад, Anti-Corruption and Good Governance Act 2000, Pub. L. No. 106-309, § 202, 114 Stat. 1090 (кодифікований з поправками в 22 U.S.C. §§ 2151-2152 (2000)) (зазначається, що «широко розповсюджена корупція загрожує стабільності та безпеці суспільства, підриває демократію та ставить під загрозу соціальний, політичний та економічний розвиток суспільства.... [і що] [к]орупція сприяє злочинній діяльності, а саме відмиванню грошей, перешкоджає економічному розвитку, збільшує витрати на ведення бізнесу, підриває легітимність уряду та довіру громадськості»).
5. Див. Maryse Tremblay & Camille Karbassi, Corruption and Human Trafficking 4 (Transparency Int'l, Working Paper No. 3, 2011), доступно за посиланням https://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&back-

- [groundColor=%23222222](#); U.S. Agency for Int'l Dev., Foreign Aid in the National Interest 40 (2002), доступно за посиланням http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PDABW900.pdf («Жодна проблема не відчужує громадян від їхніх політичних лідерів та інститутів, не підриває політичну стабільність та економічний розвиток більше, ніж ендемічна корупція в уряді, серед лідерів політичних партій, суддів та бюрократів. Чим більш поширеною є корупція, тим більша ймовірність того, що вона буде супроводжуватися іншими серйозними недоліками верховенства права: контрабандою, торгівлею наркотиками, кримінальним насильством, порушеннями прав людини та персоніфікацією влади.»)
6. У 2006 році Президент Джордж Буш зазначив, що «культура корупції підриває розвиток і належне управління і... перешкоджає нашим зусиллям з просування свободи і демократії, подолання бідності та боротьби з міжнародною злочинністю і тероризмом». Заява Президента США щодо клептократії, 2 Pub. Papers 1504 (Aug. 10, 2006), доступно за посиланням <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/08/20060810.html>. Адміністрації колишнього Президента Джорджа Буша-молодшого та колишнього Президента Барака Обами визнавали загрози, які становить корупція для безпеки та стабільності. Наприклад, видаючи розпорядження про обмеження в'їзду деяких корумпованих іноземних державних службовців, колишній президент Джордж Буш-молодший визнав «серйозні негативні наслідки, які корупція в державних установах має для зусиль Сполучених Штатів щодо сприяння безпеці та зміцненню демократичних інститутів і систем вільного ринку...» Розпорядження № 7750, 69 Fed. Reg. 2287 (14 січня 2004). Аналогічним чином, у документі «Стратегія національної безпеки» колишнього президента Барака Обами, опублікованому в травні 2010 року, висловлюються зусилля і зобов'язання адміністрації сприяти визнанню того, що «всеохоплююча корупція є порушенням основних прав людини і серйозною перешкодою для розвитку і глобальної безпеки». The White House, National Security Strategy 38 (2010), доступно за посиланням https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf
7. Див., наприклад, Int'l Chamber of Commerce, et al., Clean Business Is Good Business: The Business Case Against Corruption (2008), доступно за посиланням https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/news_events%2F8.1%2FClean_business_is_good_business.pdf; World Health Org., Reinforcing the Focus on Anti-corruption, Transparency and Accountability in National Health Policies, Strategies and Plans (2019), доступно за посиланням <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/326229/9789241515689-eng.pdf?ua=1>

8. Див., наприклад, *The Corruption Eruption*, *Economist* (April 29, 2010), доступно за посиланням <https://www.economist.com/business/2010/04/29/the-corruption-eruption> («Приховані витрати на корупцію майже завжди набагато вищі, ніж компанії собі уявляють. Корупція неминуче породжує ще більшу корупцію: хабарники продовжують повертатися до корита, а хабародавці піддаються шантажу»); Daniel Kaufmann and Shang-Jin Wei, *Does «Grease Money» Speed Up the Wheels of Commerce?* 2 (National Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 7093, 1999), доступно за посиланням <http://www.nber.org/papers/w7093.pdf> («Всупереч теорії «ефективного підмазування», ми виявили, що фірми, які платять більше хабарів, також, ймовірно, витрачають більше, а не менше управлінського часу на переговори з бюрократами щодо регулювання, і стикаються з вищою, а не нижчою вартістю капіталу.»).
9. Наприклад, у низці нещодавніх правозастосовних дій ті ж самі працівники, які керували або контролювали виплату хабарів, також збагачувалися за рахунок компанії. Див., наприклад, *Criminal Information, United States v. Cyrus Allen Ahsani, et al*, No. 19-cr-147 (S.D. Tex. Mar. 4, 2019), ECF No. 1 [далі — *United States v. Ahsani*] (виплата «відкатів» керівникам, які брали участь у хабарництві), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/file/1266861/download>; *Criminal Information, United States v. Colin Steven*, No. 17-cr-788 (S.D. N.Y. Dec. 21, 2017), ECF No. 2 [далі — *United States v. Steven*] (отримання відкатів, пов'язаних з певними корупційними платежами, здійсненими компанією Embraer, S.A.), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1021856/download>; Кримінальна інформація, *United States v. Robert Zubiate*, № 17-cr-591 (S.D. Tex. 6 жовтня 2017), ECF № 1 [далі — *United States v. Zubiate*] (отримання відкатів, пов'язаних з певними корупційними платежами, здійсненими компанією SBM Offshore, N.V. у Бразилії), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017281/download>; Скарга, *SEC v. Peterson*, № 12-cv-2033 (E.D.N.Y. 2012), ECF № 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf>; Кримінальна інформація, *United States v. Peterson*, № 12-cr-224 (E.D.N.Y. 2012), ECF № 7 [далі — *United States v. Peterson*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/04/26/petersong-information.pdf>; Угода про визнання вини, *United States v. Stanley*, № 08-cr-597 (S.D. Tex. 2008), ECF № 9 [далі — *United States v. Stanley*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/19/09-03-08stanley-plea-agree.pdf>; Угода про визнання вини, *United States v. Sapsizian*, № 06-cr-20797 (S.D. Fla. 2007), ECF № 42 [далі — *United States v. Sapsizian*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/06-06-07sapsizian-plea.pdf>.

10. Див., наприклад, Criminal Information, United States v. Société Générale S.A., № 18-cr-253 (E.D.N.Y. May 18, 2018), ECF No. 4 [далі — United States v. Société Générale], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072456/download>; Скарга, SEC v. Тусо Int'l Ltd., 06-cv-2942 (S.D.N.Y. 2006), ECF № 1 [далі — SEC v. Тусо Int'l], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2006/comp19657.pdf>; Скарга, SEC v. Willbros Group, Inc., № 08-cv-1494 (S.D. Tex. 2008), ECF № 1 [далі — SEC v. Willbros], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20571.pdf>.
11. Див. United States v. Ahsani, supra note 9 (engaging in bid-rigging); Plea Agreement, United States v. Bridgestone Corp., No. 11-cr-651 (S.D. Tex. 2011), ECF No. 21, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/10/18/10-05-11bridgestone-plea.pdf>.
12. Див. S. Rep. No. 95-114, at 6; H.R. Rep. No. 95-640, at 4; див. також А. Carl Kotchian, The Payoff: Lockheed's 70-Day Mission to Tokyo, Saturday Rev., Jul. 9, 1977, at 7.
13. U.S. Sec. and Exchange Comm., Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices 2-3 (1976). (Комісія з цінних паперів та бірж США, Звіт Комісії з цінних паперів та бірж про сумнівні та незаконні корпоративні платежі та практику 2-3 (1976)).
14. Див. H.R. Rep. No. 95-640, at 4-5; S. Rep. No. 95-114, at 3-4.
15. H.R. Rep. № 95-640, at 4-5; S. Rep. № 95-114, at 4. У доповіді Сенату, наприклад, зазначалося, що «керівники, які вдаються до корпоративного хабарництва та фальсифікації документів для покращення свого бізнесу, демонструють відсутність довіри до себе», а також наводилися свідчення Міністра фінансів про те, що «давання хабарів — окрім того, що воно є морально огидним і незаконним у більшості країн — просто не є необхідністю для успішного ведення бізнесу тут або за кордоном». Там само.
16. Див. S. Rep. No. 100-85, at 46 (1987) (з викладенням історичних передумов FCPA та поясненням того, що «сильний антикорупційний закон може допомогти американським корпораціям протистояти корупційним вимогам») [далі - S. Rep. No. 100-85].
17. S. Rep. No. 95-114, at 7.
18. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (Зведений закон про торгівлю та конкурентоспроможність 1988 року), Pub. L. No. 100-418, § 5003, 102 Stat. 1107, 1415-25 (1988); див. також H.R. Rep. No. 100-576, at 916-24 (1988) (обговорення поправок до FCPA, включаючи зміни до стандарту відповідальності за дії третіх осіб) [далі H.R. Rep. No. 100-576].

19. Див. Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (Комплексний закон про торгівлю та конкурентоспроможність від 1988 року), § 5003(d). Оновлений законодавчий акт містив наступну директиву: «Конгрес вважає, що Президент повинен продовжувати переговори про укладення міжнародної угоди між членами Організації економічного співробітництва та розвитку, яка регулюватиме дії осіб з цих країн щодо дій, заборонених по відношенню до емітентів та національних інтересів відповідно до поправок, внесених цим розділом. Така міжнародна угода повинна включати процес, за допомогою якого можна було б вирішувати проблеми і конфлікти, пов'язані з такими діями». Там само; див. також S. Rep. № 105-277, at 2 (1998) (опис зусиль виконавчої влади, спрямованих на заохочення торговельних партнерів США до прийняття законодавства, подібного до FCPA, після внесення поправок 1988 року) [далі S. Rep. № 105-277].
20. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction (Конвенція по боротьбі з підкупом іноземних посадових осіб у міжнародних господарських операціях), ст. 1.1, 18 грудня 1997, 37 I.L.M. 1 [далі — Конвенція по боротьбі з хабарництвом]. Конвенція по боротьбі з хабарництвом вимагає від країн-учасниць визнати кримінальним злочином «умисне пропонування, обіцянку або надання будь-якою особою будь-якої неправомірної матеріальної або іншої переваги, безпосередньо або через посередників, іноземній державній посадовій особі, для цієї посадової особи або для третьої сторони, з тим, щоб ця посадова особа вчинила дії або бездіяльність у зв'язку з виконанням службових обов'язків, з метою одержання або збереження ділових або інших неправомірних переваг при здійсненні міжнародних господарських операцій». Конвенція та коментарі до неї також закликають усі сторони (а) забезпечити, щоб пособництво, підбурювання та дозвіл на вчинення підкупу були кримінальними злочинами, (b) встановити територіальну юрисдикцію «в широкому сенсі, щоб не вимагалось встановлення тісного фізичного зв'язку з актом підкупу», та (c) встановити юрисдикцію за принципом громадянства відповідно до загальних принципів і умов правової системи кожної сторони. Там само, ст. 1.2, cmts. 25, 26.
21. Див. International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998 (Закон про міжнародну боротьбу з хабарництвом і чесну конкуренцію 1998 року), Pub. L. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998); див. також S. Rep. No. 105-277, at 2-3 (опис поправок до «FCPA з метою приведення його у відповідність до вимог та імплементації Конвенції ОЕСР»).
22. Відповідно до FCPA не існує приватного права на позов. Див., наприклад, Lamb v. Phillip Morris, Inc., 915 F.2d 1024, 1028-29 (6th Cir. 1990); McLean v. Int'l Harvester Co. 817 F.2d 1214, 1219 (5th Cir. 1987).
23. U.S. Dept. of Justice, Justice Manual § 9-47.110 (2008) [далі — JM], до-

- ступно за посиланням <https://www.justice.gov/jm/justice-manual>
24. Для отримання додаткової інформації відвідайте <https://www.trade.gov/virtual-services> та https://2016.export.gov/worldwide_us/index.asp.
 25. Див. International Trade Administration, Country Commercial Guides, доступно за посиланням <https://www.trade.gov/ccg-landing-page>.
 26. Звіти про міжнародний профіль компанії включають перелік ключових посадових осіб та вищого керівництва потенційного партнера; банківські відносини та іншу фінансову інформацію про компанію; а також ринкову інформацію, включаючи показники продажів і прибутку, а також потенційні зобов'язання. Однак вони не призначені для заміни власної due diligence, і Комерційна служба не пропонує ІСР в країнах, де Dun & Bradstreet або інші постачальники з приватного сектору вже надають цю послугу. Див. International Trade Administration, International Company Profile, доступно за посиланням <https://www.trade.gov/international-company-profile-0>
 27. Див. International Trade Administration, The U.S. Commercial Service – Virtual Services, доступний за посиланням <https://www.trade.gov/virtual-services>.
 28. Див. https://tcc.export.gov/Report_a_Barrier/index.asp.
 29. Інформацію про послуги Advocacy Center можна знайти на сайті <https://www.trade.gov/advocacy-center-services>
 30. Звіти про дотримання США цих договорів можна знайти на сайті <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/>.
 31. Див. Заяву про підписання Закону про міжнародну боротьбу з хабарництвом та чесну конкуренцію 1998 року (Statement on Signing the International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998), 34 Weekly Comp. Pres. Doc. 2290, 2291 (Nov. 10, 1998) («Американським компаніям доводилося конкурувати на нерівному ігровому полі. Конвенція ОЕСР покликана все це змінити. Відповідно до Конвенції, наші основні конкуренти будуть зобов'язані ввести кримінальну відповідальність за підкуп іноземних державних службовців у міжнародних ділових операціях»).
 32. OECD, Country Monitoring of the OECD Anti- Bribery Convention, available at http://www.oecd.org/document/12/0,3746,en_2649_34859_35692940_1_1_1_1,00.html.
 33. OECD, Phase 3 Country Monitoring of the OECD Anti-Bribery Convention, available at http://www.oecd.org/document/31/0,3746,en_2649_34859_44684959_1_1_1_1,00.html.
 34. OECD, Country Reports on the Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, available at http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_34859_1933144_1_1_1_1,00.html.
 35. Звіти ОЕСР за фазами 1, 2 і 3 щодо Сполучених Штатів, а також відповіді США на анкети (The OECD Phase 1, 2, and 3 reports on the

- United States, as well as the U.S. responses to questionnaires) доступні на сайті <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree>.
36. Див. OECD Working Group on Bribery, United States: Phase 3, Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, Oct. 2010, at 61-62 (з рекомендацією Сполученим Штатам «консолідувати та узагальнити загальнодоступну інформацію про застосування FCPA у відповідних джерелах»), доступно за посиланням <https://www.oecd.org/unitedstates/UnitedStatesphase3reportEN.pdf>.
 37. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року, S. Treaty Doc. No. 109-6, 2349 U.N.T.S. 41, доступна за посиланням https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf [далі – UNCAC].
 38. Для отримання додаткової інформації про механізм перегляду UNCAC див. Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption, United Nations Office on Drugs and Crime, доступно за посиланням http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_Basic_Documents_-_E.pdf.
 39. Для отримання інформації про статус UNCAC див. United Nations Office on Drugs and Crime, UNCAC Signature and Ratification Status as of 6 February 2020, доступно за посиланням <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.
 40. Організація американських держав, Міжамериканська конвенція проти корупції, 29 березня 1996 року, 35 I.L.M. 724, доступна за посиланням <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>. Для отримання додаткової інформації про статус IACAC див. Організація американських держав, Підписанти та ратифікації, доступно за посиланням <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html>.
 41. Рада Європи, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (Council of Europe, Criminal Law Convention on Corruption), Jan. 27, 1999, 38 I.L.M. 505, доступна за посиланням <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/173.html>.
 42. Для отримання додаткової інформації про GRECO див. Рада Європи, Група держав проти корупції, доступно за посиланням http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_EN.asp. Сполучені Штати ще не ратифікували конвенцію GRECO.
 43. Текст закону FCPA викладено у додатку. Див. також Jury Instructions at 52-64, United States v. Mark Lambert, No. 18-cr-012 (D. Md. Nov. 14, 2019), ECF No. 152 [далі – United States v. Lambert] (FCPA jury instructions); Jury Instructions at 1259-66, United States v. Lawrence Hoskins, No. 12-cr-238 (D. Conn. Nov. 6, 2019), ECF No. 601 [далі –

- United States v. Hoskins] (same); Jury Instructions at 33-37, United States v. Joseph Baptiste, No. 17-cr-10305 (D. Mass. June 19, 2019), ECF No. 195 [далі — United States v. Baptiste] (same); Jury Instructions at 1081-89, United States v. Chi Ping Patrick Ho, No. 17-cr-779 (S.D.N.Y. Dec. 4, 2018), ECF No. 214 [далі — United States v. Ho] (same); Jury Instructions at 4249-62, United States v. Ng Lap Seng, No. 15-cr-706 (S.D.N.Y. July 26, 2017), ECF No. 609 [далі — United States v. Ng] (same); Jury Instructions at 21-27, United States v. Esquenazi, No. 09-cr-21010 (S.D. Fla. Aug. 5, 2011), ECF No. 520 [далі — United States v. Esquenazi] (same); Jury Instructions at 14-25, United States v. Kay, No. 01-cr-914 (S.D. Tex. Oct. 6, 2004), ECF No. 142 (same), aff'd, 513 F.3d 432, 446-52 (5th Cir. 2007), reh'g denied, 513 F.3d 461 (5th Cir. 2008) [далі — United States v. Kay]; Jury Instructions at 76-87, United States v. Jefferson, No. 07-cr-209 (E.D. Va. July 30, 2009), ECF No. 684 [далі — United States v. Jefferson] (same); Jury Instructions at 8-10, United States v. Green, No. 08-cr-59 (C.D. Cal. Sept. 11, 2009), ECF No. 288 [далі — United States v. Green] (same); Jury Instructions at 23-29, United States v. Bourke, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. July 2009) [далі — United States v. Bourke]; Jury Instructions at 2-8, United States v. Mead, No. 98-cr-240 (D.N.J. Oct. 1998) [далі — United States v. Mead].
44. Положення FCPA, що застосовуються до емітентів, є частиною Закону про біржі від 1934 року [далі — Закон про біржі]. Положення про боротьбу з хабарництвом можна знайти в Розділі 30A Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78dd-1.
45. 15 U.S.C. § 78l.
46. 15 U.S.C. § 78o(d).
47. Правозастосовні дії SEC торкнулися низки іноземних емітентів. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Magyar Telekom Plc., et al., No. 11-cv-9646 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2011), ECF No. 1 (German and Hungarian companies), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp22213-co.pdf>; Complaint, SEC v. Alcatel-Lucent, S.A., No. 10-cv- 24620 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF No.1 далі — (French company), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21795.pdf>; Complaint, SEC v. ABB, Ltd., No. 10-cv-1648 (D.D.C. Sept. 29, 2010), ECF No. 1 далі — (Swiss company), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp-pr2010-175.pdf>; Complaint, SEC v. Daimler AG, No. 10-cv-473 (D.D.C. Apr. 1, 2010), ECF No. 1 далі — (German company), доступно за посиланням <http://sec.gov/litigation/complaints/2010/comp-pr2010-51.pdf>; Complaint, SEC v. Siemens Aktiengesellschaft, No. 08- cv-2167 (D.D.C. Dec. 12, 2008), ECF No. 1 далі — (German company), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20829.pdf>.

- Певні правозастосовні дії DOG також стосувалися іноземних емітентів. Див. наприклад, Criminal Information, United States v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, No. 19-cr-884 (S.D.N.Y. Dec. 6, 2019), ECF No. 3 далі -, доступно за посиланням <https://justice.gov/criminal-fraud/file/1226526/download>; Non-Pros. Agreement, In re Petróleo Brasileiro S.A. (Sept. 26, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1097256/download>; Criminal Information, United States v. Teva LLC, No. 16-cr-20967 (S.D. Fla. Dec. 22, 2016), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920421/download>; Criminal Information, United States v. Braskem S.A., No. 16-cr-709 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), ECF No. 6, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920086/download>.
48. Див. <http://www.sec.gov/divisions/corpfin/internatl/companies.html>.
49. Див. наприклад, Criminal Information, United States v. Ericsson, supra note 47 (звинувачення компанії-емітента в порушенні FCPA за виплату хабарів іноземним посадовим особам у Джибуті, Китаї, В'єтнамі, Індонезії та Кувейті); Criminal Information, United States v. Tim Leissner, № 18-cr-439 (E.D.N.Y. August 28, 2018), ECF № 16 (звинувачення працівника та агента американської публічної компанії в порушенні FCPA за підкуп посадової особи в Малайзії), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1231346/download>; United States v. Steven, supra note 9 (звинувачення британського працівника американської публічної компанії у порушенні FCPA за підкуп посадових осіб у Саудівській Аравії).
50. 15 U.S.C. § 78dd-2.
51. 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(1).
52. Див., наприклад, Indictment, United States v. Lambert, supra note 43, ECF No. 1 (працівник внутрішнього суб'єкта господарювання, звинувачений у порушенні FCPA за хабарі, сплачені російському державному службовцю), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1044676/download>; Criminal Information, United States v. James Finley, № 17-cr-160 (S.D. Ohio July 21, 2017), ECF No. 3 (керівник іноземної материнської компанії, звинувачений як агент внутрішнього суб'єкта господарювання в передачі хабара казахстанському чиновнику від імені дочірньої компанії, що базується в США), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1009596/download>; Supersupplying Indictment, United States v. Dmitrij Harder, № 15-cr-001 (E.D. Pa. Dec. 15, 2015), ECF No. 62 [далі – United States v. Harder] (власник американської корпорації, звинувачений у хабарі, сплаченому посадовій особі Європейського банку реконструкції та розвитку), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/843621/download>.

53. 15 U.S.C. § 78dd-3(a). Як зазначалося вище, на іноземні компанії, які мають цінні папери, зареєстровані в США, або які зобов'язані подавати періодичні звіти до Комісії з цінних паперів і бірж, включаючи деякі іноземні компанії, що мають американські депозитарні розписки, поширюється дія положень FCPA щодо боротьби з хабарництвом, які регулюють діяльність «емітентів» згідно з 15 U.S.C. § 78dd-1.
54. Див. Закон про міжнародну боротьбу з хабарництвом та чесну конкуренцію 1998 року (International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998), Pub. L. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998); 15 U.S.C. § 78dd-3(a); див. також U.S. Department of Justice, Criminal Resource Manual § 9-1018 (Nov. 2000) (DOJ «тлумачить [Section 78dd-3(a)] як такий, що передбачає юрисдикцію, коли іноземна компанія або громадянин змушує будь-яку особу, яка діє як агент цієї компанії або громадянина, вчинити дію на території Сполучених Штатів»). Таке тлумачення відповідає договірним зобов'язанням США. Див. S. Rep. No. 105-2177 (1998) (де зазначено, що Конгрес висловив намір, щоб поправки 1998 року до FCPA «привели його у відповідність до вимог Конвенції ОЕСР та імплементували її»); Anti-Bribery Convention at art. 4.1, *supra* note 20 («Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть бути необхідними для встановлення своєї юрисдикції щодо підкупу іноземної публічної посадової особи, коли злочин вчинено повністю або частково на її території»).
55. Див., наприклад, Criminal Information, United States v. Airbus SE, № 20-cr-021 (D.D.C. January 28, 2020), ECF No. 1 (Компанія зі штаб-квартирою в Нідерландах та головними офісами у Франції визнана винною у порушенні FCPA за дачу хабарів китайським посадовцем з метою отримання контрактів на продаж літаків) [далі – United States v. Airbus], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1242046/download>; Supersupplating Indictory, United States v. Ng, *supra* note 43, ECF No. 322 (Китайський бізнесмен, засуджений за дачу хабарів колишньому послу Організації Об'єднаних Націй (ООН) з Домініканської Республіки та колишньому постійному представнику Антигуа і Барбуда в ООН в обмін на корупційну допомогу в отриманні офіційної підтримки ООН для конференц-центру відповідача в Макао), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/913286/download>; Criminal Information, United States v. Samuel Mebiame, No. 16-cr-627 (E.D.N.Y. Dec. 9, 2016), ECF No. 19 (Габонський консультант, який працював від імені компанії з Британських Віргінських островів та спільного підприємства американської компанії та компанії з Теркс і Кайкос, визнаний винним у порушенні FCPA за дачу хабарів посадовим особам у Hirepi, Чаді та Гвінеї), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/943121/download>.

56. Див. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5) (Визначення «міждержавна торгівля»), 78dd-3(f)(5) (same); див. також 15 U.S.C. § 78c(a)(17).
57. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5), 78dd-3(f)(5).
58. Див. 15 U.S.C. § 78dd-3.
59. Див., наприклад, Superseding Indictment, United States v. Nervis G. Villalobos-Cardenas, et al, No. 17-cr-514 (S.D. Tex. Apr. 24, 2019) (встановлення юрисдикції відповідно до 15 U.S.C. § 78dd-3 на основі зустрічей у США), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1267066/download>; Criminal Information, United States v. Steven Hunter, No. 18-cr-415 (S.D. Tex. Sept. 17, 2018) (там само), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1266876/download>; United States v. Ramiro Andres Luque Flores, № 17-cr-537 (E.D.N.Y. Oct. 6, 2017) (там само); див. також United States v. Société Générale, supra note 10 (встановлення корпоративної юрисдикції відповідно до 15 U.S.C. § 78dd-3 на підставі, серед іншого, проведення зборів у США).
60. Див. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) («незалежно від того, чи використовує такий емітент або така посадова особа, директор, працівник, агент або акціонер пошту або будь-які засоби чи інструменти міждержавної торгівлі для сприяння такій пропозиції, подарунку, платежу, обіцянці або дозволу»), 78dd-2(i)(1) («незалежно від того, чи використовує така особа США пошту або будь-які засоби чи інструменти міждержавної торгівлі для сприяння такій пропозиції, подарунку, платежу, обіцянці або дозволу»).
61. S. Rep. No. 105-277 at 2 («Конвенція ОЕСР закликає сторони встановлювати національну юрисдикцію, коли це відповідає національним правовим та конституційним принципам. Відповідно, Закон вносить зміни до FCPA, щоб забезпечити юрисдикцію над діями американських компаній та громадян, які сприяють незаконним платежам, що відбуваються повністю за межами Сполучених Штатів. Таке здійснення юрисдикції над американськими компаніями та громадянами за незаконну поведінку за кордоном відповідає правовим та конституційним принципам США та є необхідним для захисту інтересів США за кордоном»).
62. Там само на 2-3.
63. 15 U.S.C. § 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).
64. Там само.
65. Див. H.R. Rep. No. 95-831 at 12 (щодо перевірки «мета бізнесу»).
66. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, No. 19-cv-11214 (S.D.N.Y. Dec. 6, 2019), ECF No. 1 [далі – SEC v. Ericsson], доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2019/comp-pr2019-254.pdf>; Criminal Information, United States v. Ericsson, supra note 47; SEC v. Ericsson, <https://www.sec.gov/news/press-release/2019-254>.

67. При внесенні змін до FCPA у 1988 році Конгрес чітко визначив, що елемент мети бізнесу, а саме «збереження бізнесу», слід тлумачити широко: «Учасники Конференції зазначають, що звернення до корупційних платежів задля «збереження бізнесу» в цьому законі не обмежується поновленням контрактів або іншими видами діяльності, а й включають заборону на корупційні платежі, пов'язані з укладенням або виконанням контрактів або веденням існуючого бізнесу, наприклад, платіж іноземній посадовій особі з метою отримання більш сприятливого податкового режиму. Однак цей термін не повинен тлумачитися настільки широко, щоб включати лобіювання або інші звичайні звернення до державних посадових осіб». H.R. Rep. № 100-576, at 1951-52.
68. Див., напр., Non-Pros. Agreement, In re: Wal-Mart, Inc. (June 20, 2019) (притягнення компанії до відповідальності за недоліки внутрішнього контролю, що призвели до корупційних платежів, пов'язаних з отриманням дозволів та ліцензій), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1177596/download>; Non-Pros. Agreement, In re: Archer Daniels Midland Company (Dec. 20, 2013) (пільговий режим оподаткування), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/01/03/adm-npa.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re Ralph Lauren Corporation (Apr. 22, 2013) (митне оформлення), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/04/23/Ralph-Lauren-NPA-Executed.pdf>.
69. United States v. Kay, 359 F.3d 738, 755-56 (5th Cir. 2004).
70. Там само, с. 749. Дійсно, суд Кей встановив, що явне виключення Конгресом платежів за сприяння зі сфери дії FCPA свідчить про те, що «Конгрес мав намір заборонити FCPA всі інші незаконні платежі, які мають на меті вплинути на нетривіальні офіційні іноземні дії з метою сприяння в отриманні або збереженні бізнесу для певної особи». Там само, 749-50.
71. Там само, 750.
72. Там само, 749-55.
73. Там само, 756 «Все ще має бути доведено, що хабарництво мало на меті досягнення ефекту — в даному випадку, через економію податків — що б «сприяло налагодженню або збереженню бізнесу»).
74. FCPA не містить чіткого визначення терміну «корупційний», але при розробці закону Конгрес прийняв значення, яке надається цьому терміну у національному законі про хабарництво, 18 U.S.C. § 201(b). H.R. Rep. No. 95-640 at 7.
75. У Звіті Палати представників зазначено повністю: «Слово «корупційний» використовується для того, щоб чітко показати, що пропозиція, платіж, обіцянка або подарунок повинні мати на меті спону-

кати одержувача до зловживання своїм службовим становищем; наприклад, неправомірно надати перевагу платнику або його клієнту, забезпечити преференційне оподаткування або регулювання, або спонукати іноземну посадову особу до невиконання офіційних обов'язків. Слово «корупційний» означає злочинний мотив або мету, подібну до тієї, що передбачена у статті 18 U.S.C. 201(b), яка забороняє внутрішнє хабарництво. Як і в 18 U.S.C. 201(b), слово «корупційний» вказує на намір або бажання неправомірно вплинути на одержувача. Воно не вимагає, щоб діяння [було] повністю завершено або призвело до бажаного результату». Там само. У Доповіді Сенату надається майже ідентичне пояснення значення цього терміну: «Слово «корупційний» використовується для того, щоб пояснити, що пропозиція, платіж, обіцянка або подарунок повинні мати на меті спонукати одержувача до зловживання своїм службовим становищем з метою неправомірного надання переваг платнику або його клієнту, або забезпечення пільгового законодавства чи сприятливого нормативного регулювання. Слово «корупційний» означає злочинний мотив або мету, намір неправомірно вплинути на одержувача». S. Rep. No. 95-114, at 10.

76. Див. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).
77. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Monsanto Co., No. 05-cv-14 (D.D.C. Jan. 6, 2005) (серед іншого, компанія заплатила хабар у розмірі 50 тис. \$, щоб вплинути на індонезійського чиновника з метою скасування невідгідного для неї закону, який, незважаючи на хабар, не був скасований), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19023.pdf>; Criminal Information, United States v. Monsanto Co., No. 05-cr-8 (D.D.C. Jan. 6, 2005), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/monsanto-co/01-06-05monsanto-info.pdf>.
78. Інструкції для присяжних у справах FCPA містять визначення поняття «корупційний», яке відповідає визначенню, що міститься в законодавчій історії. Див., наприклад, Jury Instructions at 56, United States v. Lambert, supra note 43; Jury Instructions at 34, United States v. Baptiste, supra note 43; Jury Instructions at 1261, United States v. Hoskins, supra note 43; Jury Instructions at 1084-85, United States v. Ho, supra note 43; Jury Instructions at 4242, United States v. Ng, supra note 43; Jury Instructions at 22-23, United States v. Esquenazi, supra note 43; Jury Instructions at 10, United States v. Green, supra note 43; Jury Instructions at 35, United States v. Jefferson, supra note 43; Jury Instructions at 25, United States v. Bourke, supra note 43; Jury Instructions at 17, United States v. Kay, supra note 43; Jury Instructions at 5, United States v. Mead, supra note 43.
79. Див. Indictment, United States v. Joo Hyun Bahn, et al., No. 16-cr-831 (S.D.N.Y. Dec. 15, 2016), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://>

- www.justice.gov/criminal-fraud/case/file/942226/download; див. також, In the Matter of JooHyun Bahn, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-181>.
80. Див. Complaint, SEC v. Innospec, Inc., No. 10-cv-448 (D.D.C. Mar. 18, 2010), ECF No. 1 [далі — далі — SEC v. Innospec], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21454.pdf>; Criminal Information at 8, United States v. Innospec Inc., No. 10-cr-61 (D.D.C. Mar. 17, 2010), ECF No. 1 [далі — далі — United States v. Innospec], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-17-10innospec-info.pdf>.
81. Див. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A).
82. Порівняйте 15 U.S.C., § 78ff(c)(1)(A) (корпоративна кримінальна відповідальність відповідно до положення про емітента) з § 78ff(c)(2)(A) (індивідуальна кримінальна відповідальність відповідно до положення про емітента); порівняйте 15 U.S.C. § 78dd-2(g)(1)(A) (корпоративна кримінальна відповідальність відповідно до положення про внутрішні суб'єкти господарювання) з § 78dd-2(g)(2)(A) (індивідуальна кримінальна відповідальність відповідно до положення про емітента); порівняйте 15 U.S.C. § 78dd-3(e)(1)(A) (корпоративна кримінальна відповідальність відповідно до положення про територіальну приналежність) з § 78dd-3(e)(2)(A) (індивідуальна кримінальна відповідальність відповідно до положення про територіальну приналежність). Однак, компанії все одно повинні діяти з метою вчинення корупційних діянь. Див. Главу 30A(a), 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), 78dd-3(a).
83. United States v. Kay, 513 F.3d 432, 448 (5th Cir. 2007); див. також Jury Instructions at 56-57, United States v. Lambert, *supra* note 43; Jury Instructions at 34-35, United States v. Baptiste, *supra* note 43; Jury Instructions at 1261, United States v. Hoskins, *supra* note 43; Jury Instructions at 1084-85, United States v. Ho, *supra* note 43; Jury Instructions at 4242, United States v. Ng, *supra* note 43; Jury Instructions at 38, United States v. Esquenazi, *supra* note 43; Jury Instructions at 10, United States v. Green, *supra* note 43; Jury Instructions at 35, United States v. Jefferson, *supra* note 43; Jury Instructions at 25, United States v. Bourke, *supra* note 43; Jury Instructions at 5, United States v. Mead, *supra* note 43.
84. Bryan v. United States, 524 U.S. 184, 191-92 (1998) (тлумачення слова «навмисно» в контексті 18 U.S.C. § 924(a)(1)(A)) (цитуючи справу Ratzlaf v. United States, 510 U.S. 135, 137 (1994)); див. також Kay, 513 F.3d at 446-51 (обговорення справи Bryan та терміну «навмисно» за FCPA).
85. Kay, 513 F.3d at 447-48; Stichting Ter Behartiging Van de Belangen Van Oudaandeelhouders In Het Kapitaal Van Saybolt Int'l B.V. v. Schreiber, 327 F.3d 173, 181 (2d Cir. 2003).
86. Фраза «щось, що має цінність» не визначена у FCPA, але ідентична фраза у національному законі про хабарництво широко тлумачить-

- ся як така, що включає як матеріальні, так і нематеріальні вигоди. наприклад, *United States v. Moore*, 525 F.3d 1033, 1048 (11th Cir. 2008) (відхилення заперечення відповідача проти інструкції, що визначає статтю як «річ, що має цінність», яка «однозначно стосується нематеріальних аспектів»); *United States v. Gorman*, 807 F.2d 1299, 1304-05 (6th Cir. 1986) (визначення, що позики та обіцянки майбутнього працевлаштування є «речами, що мають цінність»); *United States v. Williams*, 705 F.2d 603, 622-23 (2d Cir. 1983) (затвердження інструкції для присяжних про те, що акції можуть бути «чимось, що має цінність», якщо відповідач вважає, що вони мають цінність, навіть якщо акції не мають комерційної цінності, і зазначає, що фразі «щось, що має цінність» у законах про хабарництво та пов'язаних з ним законах постійно надається досить широке значення»)
87. Section 30A(a), 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), 78dd-3(a).
88. Як і FCPA, внутрішній закон про хабарництво, 18 U.S.C. § 201, забороняє давати, пропонувати або обіцяти «будь-що цінне». Численні справи про хабарництво відповідно до Глави 201 стосувалися «невеликих» доларових хабарів. наприклад, *United States v. Franco*, 632 F.3d 880, 882-84 (5th Cir. 2011) (підтвердження засудження ув'язненого за хабарництво за те, що він заплатив співробітнику виправної установи 325 \$ за отримання мобільного телефону, їжі та марихуани, і зазначення, що 18 U.S.C. § 201 не містить мінімального грошового порог); *United States v. Williams*, 216 F.3d 1099, 1103 (D.C. Cir. 2000) (підтвердження засудження за хабарництво за дачу хабара в розмірі 70 \$ інспектору транспортного засобу); *United States v. Traitz*, 871 F.2d 368, 396 (3rd Cir. 1989) (підтвердження обвинувального вироку за хабар у розмірі 100 \$, сплаченого посадовій особі Адміністрації з охорони праці та техніки безпеки); *United States v. Hsieh Hui Mei Chen*, 754 F.2d 817, 822 (9th Cir. 1985) (підтвердження обвинувальних вироків за хабарництво, включаючи хабар у розмірі 100 \$ посадовій особі імміграційної служби); *United States v. Bishton*, 463 F.2d 887, 889 (D.C. Cir. 1972) (підтвердження обвинувального вироку за хабар у розмірі 100 \$ начальнику відділу експлуатації каналізаційних мереж округу Колумбія).
89. Див. Criminal Information, *United States v. Odebrecht S.A.*, No. 16-CR-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), ECF No. 8, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920096/download>.
90. Complaint, SEC v. Halliburton Company and KBR, Inc., No. 09-cv-399 (S.D. Tex. Feb. 11, 2009), ECF No 1 [далі — далі — SEC v. Halliburton and KBR], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp20897.pdf>; Criminal Information, *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, No. 09-cr-71, ECF No. 1 (S.D. Tex. Feb.

- 6, 2009) [далі — далі — United States v. KBR], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-06-09kbr-info.pdf>.
91. Complaint, SEC v. Halliburton and KBR, *supra* note 90; Criminal Information, United States v. KBR, *supra* note 90.
92. Див. наприклад, Complaint, SEC v. RAE Sys. Inc., No. 10-cv-2093 (D.D.C. Dec. 10, 2010), ECF No. 1 [далі — далі — SEC v. RAE Sys., Inc.] (шуба, серед інших вишуканих подарунків), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21770.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re RAE Sys. Inc. (Dec. 10, 2010) [далі — In re RAE Sys. Inc.], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-10-10rae-systems.pdf>; Complaint, SEC v. Daimler AG, *supra* note 47 (armored Mercedes Benz worth €300,000); Criminal Information, United States v. Daimler AG, *supra* note 47.
93. Див. Criminal Information, United States v. SBM Offshore, N.V., No. 17-cr-686 (S.D. Tex. Nov. 21, 2017), ECF No. 1 [далі — United States v. SBM], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017351/download>.
94. Див. Complaint, SEC v. ABB Ltd, No. 04-cv-1141 (D.D.C. July 6, 2004), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18775.pdf>; Criminal Information, United States v. ABB Vetco Gray Inc., et al., No. 04-cr-279 (S.D. Tex. June 22, 2004), ECF No. 1 [далі — United States v. ABB Vetco Gray], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/07/06-22-04abbvetco-info.pdf>.
95. Criminal Information, United States v. Ericsson, *supra* note 47.
96. Complaint, SEC v. Lucent Technologies Inc., No. 07-cv-2301 (D.D.C. Dec. 21, 2007), ECF No.1 [далі — SEC v. Lucent], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20414.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re Lucent Technologies (Nov. 14, 2007) [далі — In re Lucent], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-14-07lucent-agree.pdf>.
97. Complaint, SEC v. Lucent, *supra* note 96; Non-Pros. Agreement, In re Lucent, *supra* note 96.
98. Компанія визнала заключне судове рішення, що назавжди забороняє їй у майбутньому порушувати положення про бухгалтерський облік та внутрішній контроль, і виплатила цивільний штраф у розмірі 1,5 млн \$. Complaint, SEC v. Lucent, *supra* note 96. Крім того, компанія уклала з DOJ угоду про непереслідування та виплатила грошовий штраф у розмірі 1 млн \$. Non-Pros. Agreement, In re Lucent, *supra* note 96.
99. United States v. Liebo, 923 F.2d 1308, 1311 (8th Cir. 1991).

100. Judgment, United States v. Liebo, No. 89-cr-76 (D. Minn. Jan. 31, 1992), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/liebor/1992-01-31-liebor-judgment.pdf>.
101. Non-Pros. Agreement, In re Credit Suisse (May 30, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1079596/download>; In the Matter of Credit Suisse Group AG, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-128>.
102. Complaint, SEC v. Schering-Plough Corp., No. 04-cv-945 (D.D.C. June 9, 2004), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18740.pdf>; Admin. Proc. Order, In the Matter of Schering-Plough Corp., Exchange Act Release No. 49838 (June 9, 2004) (визнання компанії такою, що порушила положення FCPA про бухгалтерський облік, та накладення цивільного грошового штрафу в розмірі 500 тис.\$), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-49838.htm>.
103. Релізи наданих роз'яснень по FCPA можна знайти за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/opinion-procedure-releases>. У випадку з компанією, яка прагнула надати грант у розмірі 1,42 млн \$ місцевій МФО, DOJ зазначив, що вона здійснила усі необхідні кроки due diligence та контролю, які б мінімізували ймовірність того, що щось цінне буде передано якимсь посадовим особам євразійської країни. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 10-02 (July 16, 2010), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2010/1002.pdf>.
104. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 95-01 (Jan. 11, 1995), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1995/9501.pdf>.
105. Там же.
106. Там же.
107. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 97-02 (Nov. 5, 1997), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1997/9702.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0601.pdf>.
108. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006), supra note 107.
109. Там же.
110. Там же.
111. Див. Section 30A(a)(1)-(3) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(1)-(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(1)-(3), 78dd-3(a)(1)-(3).
112. Section 30A(f)(1)(A) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2)(A), 78dd-3(f)(2)(A).
113. Відповідно до FCPA, будь-яка особа, яка «офіційно діє від імені або

за дорученням» іноземного уряду, його департаменту, агентства чи установи, або публічної міжнародної організації, є іноземною посадовою особою. Section 30A(f) (1)(A), 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2) (A), 78dd-2(f)(2)(A). Див. також U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release No. 10-03, at 2 (Sept. 1, 2010), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2010/1003.pdf> (перелік гарантій того, що консультант не діє від імені іноземного уряду).

114. Також див. Sections 30A(b) and f(3)(A) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(b) & (f)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(b) & (h) (4), 78dd-3(b) & (f)(4) (виняток щодо сприяючих платежів). Незважаючи на те, що платежі на користь іноземного уряду можуть не порушувати антикорупційні положення FCPA, такі платежі можуть порушувати інші закони США, зокрема, щодо електронного шахрайства, відмивання коштів, а також положення FCPA щодо бухгалтерського обліку. Так було у низці справ, порушених DOJ та SEC щодо «відкатів» іракському уряду через програму ООН «Нафта в обмін на продовольство». Див. наприклад, Complaint, SEC v. Innospec, supra note 80; Complaint, SEC v. Novo Nordisk A/S, No. 09-cv-862 (D.D.C. May 11, 2009), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21033.pdf>; Criminal Information, United States v. Novo Nordisk A/S, No. 09-cr-126 (D.D.C. May 11, 2009), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/nordiskn/05-11-09novo-info.pdf>; Complaint, SEC v. Ingersoll-Rand Company Ltd., No. 07-cv-1955 (D.D.C. Oct. 31, 2007), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20353.pdf>; Criminal Information, United States v. Ingersoll-Rand Italiana SpA, No. 07-cr-294 (D.D.C. Oct. 31, 2007), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/ingerand-italiana/10-31-07ingersollrand-info.pdf>; Complaint, SEC v. York Int'l Corp., No. 07-cv-1750 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [далі — SEC v. York Int'l Corp.], доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20319.pdf>; Criminal Information, United States v. York Int'l Corp., No. 07-cr-253 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [далі — United States v. York Int'l Corp.], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/19/10-01-07york-info.pdf>; Complaint, SEC v. Textron Inc., No. 07-cv-1505 (D.D.C. Aug. 23, 2007), ECF No. 1 [далі — SEC v. Textron], доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20251.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re Textron Inc. (Aug. 22, 2007), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/08-21-07textron-agree.pdf>. DOJ видало роз'яснення щодо процедури надання висновків стосовно платежів (які, по суті,

- були жертвами) державним установам чи відомствам. Див. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 09-01 (Aug. 3, 2009) (щодо передачі іноземному уряду 100 одиниць медичного обладнання), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2009/0901.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 06-01 (Oct. 16, 2006) (щодо виділення 25 тис. \$ регіональному митному управлінню для виплати заохочувальних винагород з метою покращення виконання законів про боротьбу з підробками на місцевому рівні), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0601.pdf>.
115. Додаток I, United States v. Carson, *infra* note 118, ECF No. 335 (перелік прикладів правозастосовних дій, спрямованих на іноземних посадових осіб державних підприємств).
116. У Сполучених Штатах є деякі державні установи, такі як Управління долини річки Теннессі (Tennessee Valley Authority), які є державними установами. McCarthy v. Middle Tenn. Elec. Membership Corp., 466 F.3d 399, 411 n.18 (6th Cir. 2006) («Немає жодних сумнівів, що TVA є агентством та державною установою Сполучених Штатів»).
117. У період, що передував прийняттю FCPA, державні підприємства були віртуальними монополістами і діяли в умовах контрольованого державою ціноутворення в багатьох національних галузях по всьому світу. Див. загалом World Bank, *Bureaucrats in Business* (Світовий банк, Бюрократи в бізнесі: The Economics 1997), та Politics of Government Ownership, World Bank Policy Research Report at 78 (1995); Sunita Kikeri and Aishetu Kolo, *State Enterprises*, The World Bank Group (Feb. 2006), доступно за посиланням: <http://documents.worldbank.org/curated/en/169041468768316446/pdf/353300PAPER0VP0304Kikeri1Kolo.pdf>.
118. Там само, п. 1 («Після більш ніж двох десятиліть приватизації державна власність і контроль залишаються широко поширеними в багатьох регіонах, а в багатьох частинах світу вони все ще домінують у певних секторах»).
119. На сьогоднішній день, відповідно до підходу DOJ та SEC, всі окружні суди, які розглядали це питання, дійшли висновку, що це є фактичним питанням, яке має вирішувати суд присяжних. Рішення у справі United States v. Carson, 2011 WL 5101701, No. 09-cr-77 (C.D. Cal. May 18, 2011), ECF No. 373 [далі United States v. Carson]; United States v. Aguilar, 783 F. Supp. 2d 1108 (C.D. Cal. 2011); Order, United States v. Esquenazi, *supra* note 43, ECF No. 309; див. також Order, United States v. O'Shea, No. 09-cr-629 (S.D. Tex. January 3, 2012), ECF No. 142; рішення у справі United States v. Nguyen, No. 08-cr-522 (E.D. Pa. December 30, 2009), ECF № 144. Ці рішення окружних судів узгоджуються з прийняттям окружними судами по всій країні понад 35 визнань вини особами, які визнали порушення FCPA шляхом

- підкупу посадових осіб державних або підконтрольних державі організацій. Див. Заперечення Уряду проти зміненого клопотання відповідачів про відхилення пунктів з першого по десятий обвинувального висновку у справі *United States v. Carson*, ECF No. 332.
120. *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912, 920-33 (11th Cir. 2014).
121. Там само 925.
122. Там само.
123. Там само 926.
124. Див. Jury Instructions at 60-61, *United States v. Lambert*, supra note 43; Jury Instructions at 1264, *United States v. Hoskins*, supra note 43; Order at 5 and Jury Instructions, *United States v. Carson*, supra note 119, ECF No. 373 and ECF No. 549; Aguilar, 783 F. Supp. 2d at 1115.
125. Criminal Information, *United States v. C.E. Miller Corp., et al.*, No. 82-cr-788 (C.D. Cal. Sept. 17, 1982), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/22/1982-09-17-ce-miller-information.pdf>.
126. Div. Complaint, *SEC v. Sam P. Wallace Co., Inc.*, et al., No. 81-cv-1915 (D.D.C. Aug. 31, 1982); Criminal Information, *United States v. Sam P. Wallace Co., Inc.*, No. 83-cr-34 (D.P.R. Feb. 23, 1983), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/sam-wallace-company/1983-02-23-sam-wallace-company-information.pdf>; див. також Criminal Information, *United States v. Goodyear Int'l Corp.*, No. 89-cr-156 (D.D.C. May 11, 1989) (Іракська торгова компанія визнана «установою уряду Республіки Ірак»), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/goodyear/1989-05-11-goodyear-information.pdf>.
127. Див. Complaint, *SEC v. ABB*, supra note 47; Criminal Information at 3, *United States v. ABB Inc.*, No. 10-cr-664 (S.D. Tex. Sept. 29, 2010), ECF No. 1 [далі — *United States v. ABB*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/07/09-20-10abbinc-info.pdf>; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, art. 27, Diario Oficial de la Federación [DO], 5 de Febrero de 1917 (Mex.); Ley Del Servicio Publico de Energía Electrica, as amended, art. 1-3, 10, Diario Oficial de la Federación [DO], 22 de Diciembre de 1975 (Mex.).
128. Див. *Esquenazi*, 752 F.3d at 928-29, supra note 120; Indictment at 2, *United States v. Esquenazi*, supra note 43, ECF No. 3; Affidavit of Mr. Louis Gary Lissade at 1-9, id., ECF No. 417-2.
129. Criminal Information at 30-31, *United States v. Alcatel-Lucent France, S.A.*, No. 10-cr-20906 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF No. 1 [далі — *United States v. Alcatel-Lucent France*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/07/29/12-27-10alcatel-et-al-info.pdf>.

130. Там само.
131. Див. International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, Pub. L. 105-366 § 2, 112 Stat. 3302, 3303, 3305, 3308 (1998).
132. Section 30A(F)(1)(B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(2)(B), 78dd-3(f)(2)(B).
133. Див., наприклад, Superseding Indictment, United States v. Ng, supra note 43 (звинувачення у порушенні FCPA за дачу хабарів послам при ООН); Superseding Indictment, United States v. Harder, supra note 52 (звинувачення у порушенні FCPA за хабарі, сплачені працівнику Європейського банку реконструкції та розвитку).
134. Треті особи та самі посередники також несуть відповідальність за порушення FCPA. Section 30A(a) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(a); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a), and 78dd-3(a).
135. Section 30A(a)(3) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).
136. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Johnson & Johnson, No. 11-cv-686 (D.D.C. Apr. 8, 2011) [далі — SEC v. Johnson & Johnson] (хабарі, сплачені через грецьких та румунських агентів), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21922.pdf>; Criminal Information, United States v. DePuy, Inc., No. 11-cr-99 (D.D.C. Apr. 8, 2011), ECF No. 1 [далі — United States v. DePuy] (хабарі, сплачені через грецьких агентів), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/04-08-11depuy-info.pdf>; Complaint, SEC v. ABB, supra note 47 (хабарі, сплачені через мексиканських агентів); Criminal Information, United States v. ABB, supra note 127; Criminal Information, United States v. Int'l Harvester Co., No. 82-cr-244 (S.D. Tex. Nov. 17, 1982) (хабарі, сплачені через мексиканського агента), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/06/22/1982-11-17-international-harvester-information.pdf>.
137. Див. United States v. Société Générale; Information, United States v. SGA Société Générale Acceptance, N.V., No. 18-cr-274 (E.D.N.Y. May 30, 2018), ECF No. 4, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072436/download>; Non-Pros. Agreement, In re Legg Mason (June 4, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1072461/download>; In the Matter of Legg Mason, Inc., <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-168>.
138. Див. United States v. SBM, supra note 93; Criminal Information, United States v. SBM Offshore USA, Inc., No. 17-cr-685 (S.D. Tex. Nov. 21, 2017), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017336/download>; Criminal Information, United States v. Anthony Mace, No. 17-cr-618 (S.D. Tex. Oct. 19, 2017), ECF No. 1 [далі — United States v. Mace], доступно за посиланням <https://>

- www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017326/download; United States v. Zubiate, *supra* note 9.
139. Section 30A(a)(3) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).
140. See Section 30A(f)(2)(A) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(2)(A); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(3)(A), 78dd-3(f)(3)(A).
141. Див. Section 30A(f)(2)(B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(2)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(3)(B), 78dd-3(f)(3)(B). Стандарт «усвідомленості» повинен був охоплювати «як заборонені дії, які вчиняються з «фактичним усвідомленням» про очікувані результати, так і інші дії, які, хоч і не відповідають тому, що закон називає «позитивним усвідомленням», тим не менш, свідчать про свідоме ігнорування або навмисне ігнорування добре відомих обставин, які повинні застерегти про високу ймовірність порушень Закону». H.R. Rep. No. 100-576, at 920; див. також Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. No. 100- 418, § 5003, 102 Stat. 1107, 1423-24 (1988). Cf. Plea Agreement, United States v. Mace, *supra* note 138, ECF No. 18, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1017331/download> (колишній генеральний директор визнав себе винним у порушенні FCPA, «продовжуючи здійснювати платежі, які сприяли схемі хабарництва, і навмисно уникаючи розуміння того, що певні платежі, включаючи платежі, які відповідач санкціонував і схвалив, насправді були хабарями, сплаченими іноземним посадовим особам»).).
142. H.R. Rep. No. 100-576, at 920 (1988).
143. Section 30A(c)(1) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(1), 78dd-3(c)(1).
144. H.R. Rep. No. 100-576, at 922. Учасники конференції також зазначили, що «при тлумаченні того, що є «законним відповідно до чинних законів і підзаконних актів»... застосовуються звичайні правила юридичної конструкції». Там само.
145. United States v. Kozeny, 582 F. Supp. 2d 535, 537-40 (S.D.N.Y. 2008). Аналогічним чином, суд встановив, що положення азербайджанського законодавства, яке звільняло хабародавців від кримінальної відповідальності у разі вимагання хабара, не робило хабарі законними. Закон Азербайджану про вимагання хабарів виключає кримінальне переслідування платника хабара за незаконні платежі, але не робить ці платежі законними. Там само, с. 540-41.
146. Див. Trial Transcript 715-18, United States v. Ng, *supra* note 43.
147. Там само.
148. Там само.
149. Section 30A(c)(2)(A), (B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(2); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(2), 78dd-3(c)(2).

150. Наприклад, Восьмий окружний апеляційний суд встановив, що надання авіаквитків державному службовцю з метою корупційного впливу на нього може бути підставою для порушення антикорупційних положень FCPA. Див. Liebo, 923 F. 2d at 1311-12.
151. Див., U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011) (витрати на проїзд, проживання та харчування двох іноземних посадових осіб під час дводенної поїздки до Сполучених Штатів Америки з метою ознайомлення з послугами американського провайдера послуг з усиновлення), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2011/11-01.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008) (стипендії для відшкодування мінімальних витрат на проїзд місцевих, афілійованих з органами влади журналістів, які беруть участь у прес-конференції в іноземній державі), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0803.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007) (внутрішні витрати на проїзд, проживання та харчування шести іноземних посадових осіб протягом шеститижневої освітньої програми), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0702.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007) (внутрішні витрати на проїзд, проживання та харчування шести іноземних посадових осіб під час чотириденного навчально-рекламного туру з відвідування виробничих об'єктів американської компанії), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0701.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004) (проїзд, проживання та скромні добові для п'яти іноземних посадовців для участі у дев'ятиденній ознайомчій поїздці до компанії взаємного страхування), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0404.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004) (витрати на проїзд, проживання, харчування та страхування дванадцяти іноземних посадових осіб та одного перекладача під час десятиденної поїздки до трьох міст США для зустрічей з посадовими особами державного сектору США), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0403.pdf>; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004) (витрати на семінар, включаючи прийоми, харчування, транспортні витрати та витрати на проживання, для проведення півтораденного порівняльно-правового семінару з питань трудового права та права зайнятості в іноземній державі), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/0401.pdf>; U.S. Dept. of

- Justice, FCPA Op. Release 96-01 (Nov. 25, 1996) (витрати на проїзд, проживання та харчування представників регіональних органів влади для участі у навчальних курсах у США), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1996/9601.pdf>;
- U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 92-01 (Feb. 1992) (витрати на підготовку іноземних посадових осіб для підвищення кваліфікації (витрати на підготовку іноземних посадових осіб для підвищення кваліфікації з метою ефективного виконання обов'язків, пов'язаних з укладенням та виконанням договору про спільну діяльність, включаючи оплату семінарів, авіаквитків, проживання, харчування та наземного транспорту)), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/review/1992/r9201.pdf>.
152. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).
153. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 96-01 (Nov. 25, 1996).
154. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-02 (Sept. 11, 2007); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-04 (Sept. 3, 2004); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).
155. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004).
156. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).
157. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 92-01 (Feb. 1992).
158. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).
159. Там же.
160. Там же; U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-03 (June 14, 2004); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 04-01 (Jan. 6, 2004); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007).
161. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 11-01 (June 30, 2011); Admin. Proc. Order, In the Matter of Helmerich & Payne, Inc., Exchange Act Release No. 60400 (July 30, 2009) [далі — In the Matter of Helmerich & Payne], доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60400.pdf>.
162. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 07-01 (July 24, 2007); U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-03 (July 11, 2008).
163. Наприклад, DOJ раніше схвалював витрати на користь членів сім'ї або для розважальних цілей за певних, обмежених обставин. Див., наприклад, U.S. Dept. of Justice, FCPA Rev. P. Release 83-02 (July 26,

- 1983) (відмова у вжитті правозастосовних заходів щодо компанії, яка намагалася забезпечити рекламний тур для іноземного посадовця та його дружини, коли обидва вже запланували поїздку до США за власний рахунок, а компанія пропонувала оплатити лише всі обґрунтовані та необхідні фактичні внутрішні витрати на продовження їхньої подорожі з метою забезпечення рекламного туру, які не перевищували 6 5 тис. \$), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/review/1983/r8302.pdf>.
164. На відміну від місцевого законодавства та обґрунтування добросовісних витрат, виняток щодо сприяючих платежів не є аргументом захисту за FCPA. Скоріше, платежі такого роду виходять за рамки заборони хабарництва, передбаченої FCPA. До 1988 року виняток щодо «сприяючих платежів» був включений у визначення «іноземної посадової особи», що виключало з-під дії закону посадових осіб, які виконували переважно службові чи адміністративні обов'язки. Див. Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213, § 104(d) (2), 91 Stat. 1494, 1498 (1977) (де передбачено, що термін «іноземна посадова особа» «не включає будь-якого працівника іноземного уряду або будь-якого його департаменту, агентства чи органу, чиї обов'язки по суті є переважно службовими або адміністративними»). Таким чином, початковий виняток зосереджувався на обов'язках одержувача, а не на меті платежу. На практиці, однак, виявилось складно визначити, чи є обов'язки іноземної посадової особи «службовими чи адміністративними». S. Rep. № 100-85, at 53. У відповідь на критику, що законодавчі формулювання «не чітко відображають наміри Конгресу та межі забороненої поведінки», Конгрес переглянув FCPA, визначивши виняток з точки зору мети платежу. H. Rep. No. 100-40, pt. 2, at 77. При цьому Конгрес підтвердив, що, хоча його політика щодо виключення сприяючих платежів відображає практичні міркування правозастосування, «таким платежам не слід потурати». Там само. Прийняті формулювання відображають цю вузьку мету.
165. Виключаючи сприяючі платежі, Конгрес намагався виділити їх як «платежі, які просто просувають конкретну справу до остаточного прийняття рішення та не передбачають жодних дискреційних дій», наводячи приклади «винагороди, що виплачується митному службовцю для прискорення обробки митного документа» або «платежів, що здійснюються для забезпечення дозволів, ліцензій або прискороного виконання аналогічних обов'язків по суті службового або адміністративного характеру, які повинні бути виконані в будь-якому випадку». H.R. Rep. № 95-640, at 8.
166. Section 30A(f)(3)(B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(3)(B); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(4)(B), 78dd-3(f)(4)(B).

167. У своєму рішенні 2004 року П'ятий окружний суд підкреслив саме цей момент, коментуючи обмежений характер винятку щодо сприяючих платежів:
Короткий огляд типів звичайних дій державних органів, перелічених Конгресом, показує, наскільки обмеженими Конгрес хотів зробити винятки щодо «підмазувань». Наприклад, звичайні дії державних органів включають «отримання дозволів, ліцензій або інших офіційних документів, що дають право особі займатися підприємницькою діяльністю в іноземній державі» та «планування перевірок, пов'язаних з виконанням контракту, або перевірок, пов'язаних з транзитом товарів через територію країни». Таким чином, звичайні дії державних органів не включають видачу кожного офіційного документа або кожну перевірку, а лише (1) документацію, яка дає право на ведення бізнесу, та (2) планування перевірок — дуже вузькі категорії переважно недискреційних, адміністративних дій, що здійснюються іноземними посадовими особами середнього або низького рівня.
United States v. Kay, 359 F.3d 738, 750-51 (5th Cir. 2004).
168. Non-Pros. Agreement, In re Helmerich & Payne, Inc. (July 29, 2009) [далі — In re Helmerich & Payne], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/06-29-09helmerich-agree.pdf>.
169. Criminal Information, Vetco Gray Controls Inc., et al., No. 07-cr-4 No. (S.D. Tex. Jan. 5, 2007), ECF Nos. 1-2, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/vetco-controls/02-06-07vet-cogray-info.pdf>.
170. Complaint, SEC v. Noble Corp., No. 10-cv-4336 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21728.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re Noble Corp. (Nov. 4, 2010), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-04-10noble-corp-npa.pdf>; див. також джерела, наведені у примітці 68.
171. Working Group on Bribery, 2009 Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, at § VI (рекомендує країнам періодично переглядати свою політику та підхід до сприяючих платежів і заохочувати компанії до заборони або недопущення сприяючих платежів «з огляду на руйнівний вплив невеликих сприяючих платежів, зокрема, на сталий економічний розвиток та верховенство права».); Working Group on Bribery, United States: Phase 3, at 24 (Oct. 15, 2010), доступно за посиланням <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf> (високо оцінюючи кроки, зроблені Сполученими Штатами відповідно до рекомендації 2009 року щодо заохочення компаній до заборони або унеможливлення сприяючих платежів).

172. Сприяючі платежі є незаконними відповідно до Закону Великої Британії про боротьбу з хабарництвом 2010 року, який набув чинності 1 липня 2011 року, а також були незаконними згідно з попереднім законодавством Великої Британії. Див. Bribery Act 2010, с.23 (Eng.), доступно за посиланням <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>; див. також U.K. Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance About Procedures Which Relevant Commercial Organisations Can Put into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010), at 18 (2011), доступно за посиланням <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf>.
173. Див., наприклад, Non-Pros. Agreement, In re Helmerich & Payne, supra note 168; Admin. Proc. Order, In the Matter of Helmerich & Payne, supra note 161.
174. З метою встановлення факту примусу або тиску, обвинувачений повинен продемонструвати, що він перебував під незаконною, наявною, безпосередньою та невідворотною загрозою смерті або тяжких тілесних ушкоджень; що обвинувачений не створив з неосторожності або недбалості ситуацію, в якій він був би змушений брати участь у злочинній поведінці (наприклад, здійснював платежі в рамках тривалої схеми хабарництва); що обвинувачений не мав розумної законної альтернативи порушенню закону; і що існував прямий причинно-наслідковий зв'язок між злочинною дією та уникненням шкоди, що загрожувала йому. Див. Eleventh Circuit Pattern Jury Instr., Special Instr. No. 16 (2020); див. також Fifth Circuit Pattern Jury Instr. No. 1.38 (2019); Sixth Circuit Pattern Jury Instr. No. 6.05 (2019); Seventh Circuit Pattern Jury Instr. No. 6.08 (2012); Ninth Circuit Pattern Jury Instr. No. 6.5 (2010); 1A Kevin F. O'Malley, Jay E. Grenig, Hon. William C. Lee, Federal Jury Practice and Instructions § 19.02 (6th ed. 2008 & Supp. 2012).
175. S. Rep. No. 95-114, at 11.
176. Там само на 10.
177. Там само на 11.
178. United States v. Kozeny, 582 F. Supp. 2d 535, 540 n.31 (S.D.N.Y. 2008).
179. Там само на 540 (citing S. Rep. No. 95-114, at 10-11).
180. Там само.
181. Ці платежі, однак, повинні бути точно відображені в бухгалтерських книгах і документах компанії, щоб компанія та її керівництво знали про платежі і могли запевнити, що платежі були здійснені належним чином за даних обставин. Наприклад, в одному випадку казахстанський імміграційний прокурор погрожував оштрафувати, ув'язнити та депортувати працівників дочірньої компанії американської компанії. Вважаючи погрози реальними, працівники в Казах-

стані звернулися за порадою до вищого керівництва американської дочірньої компанії і отримали дозвіл на здійснення платежів. Після цього працівники виплатили державному службовцю загалом 45 тис. \$ з особистих коштів. Дочірня компанія відшкодувала працівникам кошти, але неправдиво відобразила їх як «аванс на заробітну плату» або «візові штрафи». Материнській компанії, яка зрештою виявила ці виплати, а також інші неналежним чином обліковані готівкові платежі, здійснені казахстанському консультанту для отримання віз, було пред'явлено звинувачення у порушенні положень бухгалтерського обліку. Admin. Proc. Order, In the Matter of NATCO Group Inc., Exchange Act Release No. 61325 (Jan. 11, 2010), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/admin/2010/34-61325.pdf> (винесення припису про припинення діяльності та накладення грошового стягнення у розмірі 65 тис. \$).

182. See Jury Instructions at 21, *United States v. Aguilar*, No. 10-cr-1031 (C.D. Cal. May 16, 2011), ECF No. 511.
183. Див., наприклад, *Pacific Can Co. v. Hewes*, 95 F.2d 42, 46 (9th Cir. 1938) («Якщо одна компанія контролюється іншою, перша діє не від свого імені, а за вказівкою останньої, то у такому випадку обидві компанії несуть відповідальність за дії агента в межах його повноважень»); *United States v. NYNEX Corp.*, 788 F. Supp. 16, 18 n.3 (D.D.C. 1992) (вважаючи, що «компанія, звичайно, може бути притягнута до кримінальної відповідальності за дії її агентів», включаючи «поведінку її дочірніх підприємств»).
184. *Pacific Can Co.*, 95 F.2d at 46; *NYNEX Corp.*, 788 F. Supp. at 18 n.3.
185. Див. також, *Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120, 127 (5th Cir. 1962).
186. Admin. Proc. Order, In the Matter of *United Industrial Corp.*, Exchange Act Release No. 60005 (May 29, 2009), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60005.pdf>; ди. та кож Lit. Release No. 21063, *SEC v. Wurzel* (May 29, 2009), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr21063.htm>.
187. Див., наприклад, Philip Urofsky, *What You Don't Know Can Hurt You: Successor Liability Resulting From Inadequate FCPA Due Diligence in M&A Transactions*, 1763 *PLI/Corp.* 631, 637 (2009) («З юридичної точки зору, коли одна компанія купує іншу, вона бере на себе усі існуючі зобов'язання цієї компанії, включаючи відповідальність за незаконні платежі, незалежно від того, чи знає вона про них.»). Питання про те, чи поширюється відповідальність правонаступника на конкретну корпоративну операцію, залежить від фактичних обставин, а також від законодавства штату, федерального та, можливо, іноземного права.

188. Див., наприклад, Carolyn Lindsey, *More Than You Bargained for: Successor Liability Under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 35 Ohio N.U.L. Rev. 959, 966 (2009) («Дозвіл компанії уникнути своїх боргів і зобов'язань шляхом злиття з іншим суб'єктом господарювання вважається таким, що призводить до неправомірного результату»).
189. Див., наприклад, *Melrose Distillers, Inc. v. United States*, 359 U.S. 271, 274 (1959) (закріплення кримінальної відповідальності за порушення антимонопольного законодавства); *United States v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828, 830 (5th Cir. 1989) (закріплення кримінальної відповідальності за порушення закону про банківську таємницю); *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856, 907 (9th Cir. 1974) (підтвердження кримінальної відповідальності правонаступника за змову та порушення Закону про пересування); *United States v. Shields Rubber Corp.*, 732 F. Supp. 569, 571-72 (W.D. Pa. 1989) (запровадження кримінальної відповідальності за порушення митних правил у порядку правонаступництва); see also *United States v. Mobile Materials, Inc.*, 776 F.2d 1476, 1477 (10th Cir. 1985) (передбачає кримінальну відповідальність після ліквідації за порушення антимонопольного законодавства, поштове шахрайство та неправдиві свідчення).
190. Complaint, SEC v. The Titan Corp., No. 05-cv-411 (D.D.C. Mar. 1, 2005) (виявлення порушень FCPA під час проведення due diligence перед поглинанням захистило потенційну компанію-покупця та призвело до розірвання угоди про злиття), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19107.pdf>; Criminal Information, *United States v. Titan Corp.*, No. 05-cr-314 (S.D. Cal. Mar. 1, 2005) [далі — *United States v. Titan Corp.*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-01-05titan-info.pdf>.
191. Інформацію про відмови від переслідувань/відмови від застосування правозастосовних дій див. Частина 7.
192. Див. Complaint, SEC v. El Paso Corp., No. 07-cv-899 (S.D.N.Y. Feb. 7, 2007), ECF No. 1 [далі — SEC v. El Paso Corp.] (пред'явлення компанії звинувачень у неправомірних платежах Іраку в рамках програми ООН «Нафта в обмін на продовольство» за порушення правил ведення бухгалтерського обліку та внутрішнього контролю), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp19991.pdf>.
193. Criminal Information, *United States v. TechnipFMC plc*, No. 19-cr-278 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5 [далі — *United States v. TechnipFMC*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225056/download>; *United States v. Technip Offshore USA, Inc.*, No. 19-cr-279 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225066/download>; Cease-and-Desist Order, In the Matter of TechnipFMC plc, Admin.

- Proc. 3-19493 (Sept. 23, 2019), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-87055.pdf>.
194. Див. Plea Agreement, United States v. Alstom S.A., No. 14-cr-246 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1 [далі – United States v. Alstom], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-5-Plea-Agreement-for-SA.pdf>; Deferred Pros. Agreement, United States v. Alstom Grid, Inc., No. 14-cr-247 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Grid.pdf>; Deferred Pros. Agreement, United States v. Alstom Power, Inc., No. 14-cr-248 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Power.pdf>.
195. Див. Complaint, SEC v. York Int'l Corp., supra note 114; Criminal Information, United States v. York Int'l Corp., supra note 114.
196. Див. Criminal Information, United States v. Latin Node, Inc., No. 09-cr-20239 (S.D. Fla. Mar. 23, 2009), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-23-09latinnode-info.pdf>; eLandia Int'l Inc., Annual Report (Form 10-K), at 20 (Apr. 2, 2009), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1352819/000119312509070961/d10k.htm>.
197. Див. Criminal Information, United States v. Salvoch, No. 10-cr-20893 (S.D. Fla. Dec. 17, 2010), ECF No. 3, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/09/05/12-17-10salvoch-info.pdf>; Criminal Information, United States v. Vasquez, No. 10-cr-20894 (S.D. Fla. Dec. 17, 2010), ECF No. 3, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/09/05/12-17-10vasquez-juan-info.pdf>; Indictment, United States v. Granados, et al., No. 10-cr-20881, (S.D. Fla. Dec. 14, 2010), ECF No. 3, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/10/18/12-21-10granados-indict.pdf>.
198. Див. Deferred Pros. Agreement, United States v. Snamprogetti Netherlands B.V., No. 4:10-cr-00460 (S.D. Tex. July 7, 2010), ECF No. 3 [далі – United States v. Snamprogetti], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/snamprogetti/07-07-10snamprogetti-dpa.pdf>.
199. Compare Criminal Information, United States v. Snamprogetti, No. 4:10-cr-00460 (S.D. Tex. July 7, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-07-10snamprogetti-info.pdf>, with Deferred Pros. Agreement, United States v. Snamprogetti, supra note 198.

200. Див. Press Release, General Electric Co., General Electric Agrees to Acquire InVision (Mar. 15, 2004), доступно за посиланням https://www.ge.com/files/usa/company/investor/downloads/sharpeye_press_release.pdf; Press Release, U.S. Dept. of Justice, InVision Technologies, Inc. Enters into Agreement with the United States (Dec. 6, 2004), доступно за посиланням https://www.justice.gov/opa/pr/2004/December/04_crm_780.htm; Company News; G.E. Gets InVision, a Maker of Bomb Detectors, N.Y. Times, Dec. 7, 2004, at C4.
201. Non-Pros. Agreement, In re InVision (Dec. 3, 2004), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-03-04invisiontech-agree.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re General Elec. Co., (Dec. 3, 2004), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/invision-tech/12-03-04invisiontech-agree-ge.pdf>; Complaint, SEC v. GE InVision, Inc., f/k/a InVision Technologies, Inc., No. 05-cv-660 (N.D. Cal. Feb. 14, 2005), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19078.pdf>.
202. Див. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>; див. також Press Release, U.S. Dept. of Justice, Pfizer H.C.P. Corp. Agrees to Pay \$15 Million Penalty to Resolve Foreign Bribery Investigation (Aug. 7, 2012) («Протягом 18 місяців після придбання компанії Wyeth компанія Pfizer Inc. за погодженням з DOJ провела due diligence та перевірку бізнес-операцій компанії Wyeth, а також інтегрувала систему внутрішнього контролю компанії Pfizer Inc. у колишні бізнес-структури компанії Wyeth. DOJ врахував ці значні зусилля та рішення Комісії з цінних паперів та бірж США у своєму рішенні не порушувати кримінальну справу за неналежну поведінку дочірніх компаній Wyeth, що передувала придбанням»), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-crm-980.html>.
203. 18 U.S.C. § 2.
204. При прийнятті FCPA в 1977 році Конгрес прямо зазначив, що «поняття пособництва та підбурювання і спільної участі будуть застосовуватися до порушення, передбаченого цим законопроектом, так само, як ці поняття завжди застосовувалися в цивільних позовах Комісії з цінних паперів і бірж та в непрямих приватних позовах, поданих відповідно до законів про цінні папери в цілому». H.R. Rep. No. 95-640, at 8.
205. У справі «Пінкертон» було встановлено, що учасник змови може бути визнаний винним у суттєвому злочині, вчиненому співучасником на виконання змови, якщо дії співучасника були обґрунтовано передбачуваними. Див. Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640, 647-48 (1946).

206. Див. *United States v. MacAllister*, 160 F.3d 1304, 1307 (11th Cir. 1998); *United States v. Winter*, 509 F.2d 975, 982 (5th Cir. 1975).
207. Див. *Criminal Information, United States v. Marubeni Corp.*, No. 12-cr-22 (S.D. Tex. Jan. 17, 2012), ECF No. 1 [далі — *United States v. Marubeni*], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/01/24/2012-01-17-marubeni-information.pdf>; *Criminal Information, United States v. JGC Corp.*, supra note 60; *Criminal Information, United States v. Snamprogetti*, supra note 199; see also *Criminal Information, United States v. Technip*, supra note 193.
208. *United State v. Hoskins*, 902 F.3d 69, 76-97 (2d Cir. 2018).
209. *United States v. Firtash*, 392 F. Supp. 3d 872, 889 (N.D. Ill. 2019).
210. Глава 20(е) Закону про біржі «Переслідування осіб, які допомагають і сприяють порушенням» прямо передбачає, що для цілей цивільного провадження з метою застосування судової заборони або цивільного штрафу «будь-яка особа, яка свідомо або з необережності надає значну допомогу іншій особі з порушенням положення цієї частини або будь-якого правила чи положення, виданого відповідно до цієї частини, вважається такою, що порушує таке положення в тій самій мірі, що й особа, якій надається така допомога». Розділ 20(е) Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78t(e).
211. Відповідно до розділу 21C(a) Закону про біржі, SEC може накладати наказ про припинення та утримання в рамках адміністративного провадження SEC на будь-яку особу, яка порушує, порушила або збирається порушити будь-яке положення Закону про біржі або будь-яке правило чи положення відповідно до нього, а також на будь-яку іншу особу, яка є, була або буде причиною порушення, внаслідок дії або бездіяльності, про яку ця особа знала або повинна була знати, що вона сприятиме такому порушенню. Глава 21C(a) Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78u-3(a).
212. Див. *Complaint, SEC v. Panalpina, Inc.*, No. 10-cv-4334 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21727.pdf>.
213. 18 U.S.C. § 3282(a) передбачає: «За винятком випадків, коли інше прямо передбачено законом, жодна особа не може бути притягнута до відповідальності, судима або покарана за будь-який злочин, навіть смертний, якщо тільки обвинувальний акт не буде висунутий або інформація не буде отримана протягом п'яти років після вчинення такого злочину».
214. Див. 18 U.S.C. § 3301(a) («Термін «злочин щодо шахрайства з цінними паперами» означає порушення, змову або спробу порушення... глави 32(a) Закону про біржі цінних паперів 1934 року (15 U.S.C. 78ff(a))»; 18 U.S.C. § 3301(b) («Жодна особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, судима або покарана за злочин

- щодо шахрайства з цінними паперами, якщо тільки обвинувальний акт не буде винесений, а інформація не буде передана до суду протягом 6 років після вчинення злочину»).
215. Див. *Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 396-97 (1957) (уряд повинен довести, що змова все таки існувала і принаймні одна якась явна протиправна дія була вчинена в межах строку давності); *Fiswick v. United States*, 329 U.S. 211, 216 (1946) («Строк давності, якщо його не призупинено, відраховується з моменту вчинення останньої видимої дії під час існування змови. Таким чином, припинені та доведені видимі дії можуть свідчити про тривалість, а також про масштаби змови.»); див. *Julie N. Sarnoff, Federal Criminal Conspiracy*, 48 Am. Crim. L. Rev. 663, 676 (Spring 2011); див. також *United States v. SBM*, *supra* note 93 (charging a single conspiracy to violate the FCPA spanning conduct from in or around 1996 until in or around 2012).
216. 18 U.S.C. § 3292.
217. *Kokesh v. SEC*, 137 S. Ct. 1635 (2017).
218. 28 U.S.C. § 2462.
219. S. Rep. No. 95-114, at 3 (зазначаючи, що в минулому «корпоративний підкуп приховувався шляхом фальсифікації бухгалтерських документів», що положення про бухгалтерський облік «усувають [...] цей спосіб приховування», і що «в сукупності вимоги до бухгалтерського обліку та кримінальні [антикорупційні] заборони ... повинні ефективно стримувати корпоративний підкуп іноземних державних службовців»).
220. S. Rep. No. 95-114, at 7.
221. Section 13(b)(2)(A) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).
222. Section 13(b)(2)(B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B).
223. Положення про бухгалтерський облік містять вузьке виключення, пов'язане з національною безпекою та захистом секретної інформації. Відповідно до цього положення про «національну безпеку», «ні які повинності чи обмеження [відповідно до розділу 13(b)(2) Закону про біржі] не накладаються на жодну особу, яка співпрацює з керівником якого-небудь федерального департаменту або агентства, відповідального за такі питання, якщо така співпраця з керівником департаменту або агентства була здійснена за конкретною письмовою вказівкою керівника департаменту або агентства відповідно до повноважень Президента видавати такі вказівки». Розділ 13(b)(3) Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78m(b)(3). Однак, як чітко зазначив Конгрес, цей виняток є вузькоспеціалізованим і має на меті запобігти розголошенню секретної інформації. H.R. Rep. 94-831, at 11 (1977), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/corruptrpt-94-831.pdf>.
224. Section 13(b)(2)(A) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

225. H.R. Rep. No. 94-831, at 10.
226. Там само.
227. Section 13(b)(7) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(7).
228. H.R. Rep. No. 100-576, at 917 (1988), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/tradeact-100-418.pdf>. Конгрес відхилив додавання запропонованого формулювання щодо витрат і вигод до визначення «у відповідь на занепокоєння, що таким законодавчим положенням можуть зловживати і послабити положення про бухгалтерський облік у той час, коли зростає занепокоєння щодо аудиторських помилок і фінансового шахрайства, а також у зв'язку з рекомендаціями експертів щодо посилення практики бухгалтерського обліку та стандартів аудиту».
229. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Biomet, Inc., No. 12-cv-454 (D.D.C. Mar. 26, 2012), ECF No. 1 [далі — SEC v. Biomet], доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22306.pdf>; Criminal Information, United States v. Biomet, Inc., No. 12-cr-80 (D.D.C. Mar. 26, 2012) [далі — United States v. Biomet], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/30/2012-03-26-biomet-information.pdf>; Complaint, SEC v. Smith & Nephew plc, No. 12-cv-187 (D.D.C. Feb. 6, 2012), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22252.pdf>; Criminal Information, United States v. Smith & Nephew, Inc., No. 12-cr-30 (D.D.C. Feb. 6, 2012), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/02/08/2012-02-06-s-n-information.pdf>; Complaint, SEC v. Johnson & Johnson, supra note 136; Criminal Information, United States v. DePuy, supra note 136; Complaint, SEC v. Maxwell Techs. Inc., No. 11-cv-258 (D.D.C. Jan. 31, 2011), ECF No. 1 [далі — SEC v. Maxwell Technologies], доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21832.pdf>; Criminal Information, United States v. Maxwell Techs. Inc., No. 11-cr-329 (S.D. Cal. Jan. 31, 2011), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/04/27/01-31-11maxwell-tech-info.pdf>; Complaint, SEC v. Transocean, Inc., No. 10-cv-1891 (D.D.C. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21725.pdf>; Criminal Information, United States v. Transocean, Inc., No. 10-cr-768 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/11-04-10transocean-info.pdf>.
230. S. Rep. No. 95-114, at 7.
231. Section 13(b)(2)(B) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B).
232. Section 13(b)(7) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78m(b)(7).

233. Див. Complaint, SEC v. Siemens AG, supra note 47; Criminal Information, United States v. Siemens Aktiengesellschaft, No. 08-cr-367 (D.D.C. Dec. 12, 2008), ECF No. 1 [далі — United States v. Siemens AG], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.
234. Complaint, SEC v. Siemens AG, supra note 47; Criminal Information, United States v. Siemens AG, supra note 233; Press Release, U.S. Dept. of Justice, Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines (Dec. 15, 2008), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.
235. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Biomet, supra note 229 (хабарі, сплачені державним постачальникам медичних послуг, в яких для обґрунтування платежів використовувалися фальшиві рахунки-фактури, а хабарі фіктивно реєструвалися як «плата за консультації» або «комісійні» в бухгалтерських книгах і документах компанії); Criminal Information, United States v. Biomet, supra note 229 (same); SEC v. Alcatel-Lucent, supra note 47 (хабарі, сплачені іноземним посадовим особам для забезпечення телекомунікаційних контрактів, коли компанія не мала належного внутрішнього контролю та допускала фальсифікацію бухгалтерських документів); United States v. Alcatel-Lucent France, supra note 129 (same).
236. Complaint, SEC v. Daimler AG, supra note 47; Criminal Information, United States v. Daimler AG, supra note 47.
237. Там само.
238. Там само.
239. Там само.
240. Там само.
241. Там само.
242. Див. посилання¹⁰.
243. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Siemens AG, supra note 47; Complaint, SEC v. York Int'l Corp., supra note 116; Complaint, SEC v. Textron, supra note 116; Criminal Information, United States v. Control Components, Inc., No. 09-cr-162 (C.D. Cal. July 22, 2009), ECF No. 1 [далі — United States v. Control Components], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-22-09cci-info.pdf>; Criminal Information, United States v. SSI Int'l Far East, Ltd., No. 06-cr-398, ECF No. 1 [далі — United States v. SSI Int'l] (D. Or. Oct. 10, 2006), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-10-06ssi-information.pdf>.
244. Див., наприклад, Complaint, SEC v. El Paso Corp., supra note 188; Complaint, SEC v. Innospec, supra note 80; Complaint, SEC v. Chevron

- Corp., 07- cv-10299 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2007), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20363.pdf>.
245. Див. *supra* note 9.
246. Див. Complaint, SEC v. Maxwell Technologies, *supra* note 229.
247. Див. Complaint, SEC v. Willbros Group, *supra* note 10.
248. 15 U.S.C. § 7201 et seq.
249. Exchange Act Rule 13a-15, 17 C.F.R. § 240.13a-15; Exchange Act Rule 15d-15, 17 C.F.R. § 240.15d-15; Item 308 of Regulation S-K, 17 C.F.R. § 229.308; Item 15, Form 20-F, доступно за посилання <https://www.sec.gov/about/forms/form20-f.pdf>; General Instruction (B), Form 40-F (для іноземних приватних емітентів), доступно за посилання <https://www.sec.gov/about/forms/form40-f.pdf>.
250. Див. U.S. Sec. and Exchange Comm'n, Commission Guidance Regarding Management's Report on Internal Control over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934, Release No. 33-8810 (June 27, 2007), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/rules/interp/2007/33-8810.pdf>.
251. Там же.
252. Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213, § 102, 91 Stat. 1494 (1977).
253. Див. *supra* note 47; In the Matter of TechnipFMC plc, *supra* note 193, (Французька компанія); United States v. Technip, *supra* note 193, (те саме); див. також Admin. Proc. Order, In the Matter of Diageo plc, Exchange Act Release No. 64978 (SEC July 27, 2011) (компанія Великої Британії), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-64978.pdf>; Admin. Proc. Order, In the Matter of Statoil, ASA, Exchange Act Release No. 54599 (SEC May 29, 2009) (Норвезька компанія), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf>; Criminal Information, United States v. Statoil, ASA, No. 06-cr-960 (S.D.N.Y. Oct. 13, 2006), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-13-09statoil-information.pdf>.
254. Хоча на приватні компанії не поширюється дія положень FCPA щодо ведення бухгалтерського обліку та внутрішнього контролю і вони не підпадають під юрисдикцію Комісії з цінних паперів та бірж, федеральне податкове законодавство та законодавство штатів про компанії зобов'язує такі компанії вести точний бухгалтерський облік, достатній для правильного обчислення належних до сплати податків. Крім того, більшість великих приватних компаній ведуть бухгалтерський облік для полегшення підготовки фінансової звітності відповідно до GAAP з метою дотримання вимог фінансових установ щодо надання кредитів.

255. Див. SEC v. RAE Sys. Inc., supra note 92; In re RAE Sys. Inc., supra note 92.
256. Див. Главу 13(b)(6) Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78m(b)(6), який передбачає, що якщо емітент «володіє 50 відсотками або менше прав голосу по відношенню до вітчизняної або іноземної компанії», емітент повинен «добросовісно використовувати свій вплив, в межах розумного за обставин емітента, щоб змусити таку вітчизняну або іноземну компанію розробити та підтримувати систему внутрішнього контролю бухгалтерського обліку відповідно до [Глави 13(b)(2)]».
257. Див. 15 U.S.C. § 78m(b)(6). Конгрес додав формулювання у підглаву 78m(b)(6) FCPA у 1988 році, визнавши, що «нереалістично очікувати, що міноритарний власник матиме непропорційно великий вплив на бухгалтерську практику дочірньої компанії». H.R. Rep. No. 100-576, at 917. У висновках зазначається, що стосовно міноритарних власників «обсяг впливу, який може здійснювати емітент, обов'язково варіюється в залежності від конкретного випадку. Хоча відносний ступінь власності, очевидно, є одним з факторів, інші фактори також можуть бути важливими при визначенні того, чи продемонстрував емітент сумлінні зусилля для використання свого впливу». Там само; див. також S. Rep. № 100-85, at 50.
258. Глава 20(e) Закону про біржі під назвою «Переслідування осіб, які допомагають і сприяють порушенням» прямо передбачає, що для цілей застосування цивільного позову задля накладання судової заборони або цивільного штрафу, «будь-яка особа, яка свідомо або з необережності надає суттєву допомогу іншій особі, порушуючи положення цього розділу або будь-якого правила чи положення, виданого відповідно до цього розділу, вважається такою, що порушує таке положення в тій самій мірі, що й особа, якій надається така допомога». Див. Главу 20(e) Закону про біржі, 15 U.S.C. § 78t(e).
259. Див. Complaint at 11-12, SEC v. Elkin, No. 10-cv-661 (D.D.C. Apr. 28, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21509.pdf>.
260. Там само, ECF Nos. 6-9.
261. Див., наприклад, Complaint, SEC v. Nature's Sunshine Prod., Inc., No. 09-cv-672 (D. Utah, July 31, 2009), ECF No. 2, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2009/comp21162.pdf>.
262. Див. Admin. Proc. Order, In re Watts Water Tech., Inc. and Leesen Chang, Exchange Act Release No. 65555 (SEC Oct. 13, 2011), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-65555.pdf>.
263. Там само at 2, 4, 6-7.
264. Exchange Act Rule 13b2-1, 17 C.F.R. § 240.13b2-1.
265. 15 U.S.C. § 78m(b)(5).
266. Section 3(a)(9) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78c(a)(9).
267. Exchange Act Rule 13b2-2, 17 C.F.R. § 240.13b2-2.

268. Complaint, SEC v. Jennings, No. 11-cv-144 (D.D.C. Jan. 24, 2011), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2011/comp21822.pdf>.
269. Там само, ECF Nos. 1, 3 (Complaint and Final Judgment).
270. Serious Fraud Office, Innospec Ltd: Колишній CEO зізнався у хабарництвах за фальсифікацію випробувань продукції (30 липня, 2012), доступно за посиланням <https://www.sfo.gov.uk/2012/07/30/innospec-ltd-former-ceo-admits-bribery-falsify-product-tests/>.
271. 15 U.S.C. § 78ff(a).
272. Див. Deferred Pros. Agreement, United States v. Och-Ziff Capital Mgmt. Group LLC, No. 16-cr-516 (E.D.N.Y. Sept. 29, 2016), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/900261/download>.
273. Див. Deferred Pros. Agreement, United States v. Panasonic Avionics Corp., No. 18-cr-118 (D.D.C. Apr. 30, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1058466/download>.
274. Див. Minute Entry of Guilty Plea, United States v. Peterson, supra note 9, ECF No. 13; див. також Press Release, U.S. Dept. of Justice, Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA (Apr. 25, 2012), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>.
275. Див. Criminal Information, United States v. Baker Hughes Svcs. Int'l, Inc., No. 07-cr-129 (S.D. Tex. Apr. 11, 2007), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/04-11-07bakerhughesintl-info.pdf>.
276. Див. Criminal Information, United States v. Panalpina, Inc., No. 10-cr-765 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-info.pdf>.
277. Там само.
278. Див. 15 U.S.C. § 78ff(a).
279. Див. FASB Statement of Financial Accounting Concepts No. 2, ¶¶ 63-80.
280. PCAOB Auditing Standard No. 12 and PCAOB AU Section 325.
281. Див. Section 10A of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78j-1.
282. 18 U.S.C. § 1952.
283. Див., наприклад, United States v. Baptiste, supra note 43; Criminal Information, United States v. Ernesto Lujan, No. 13-cr-671 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2013), ECF No. 11, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/08/30/lujan-filed-information.pdf>; Criminal Information, United States v. Robert Richard King, No. 01-cr-190 (W.D. Mo. June 27, 2001), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/05-03-02king-robert-indict.pdf>;

- Superseding Indictment, *United States v. Mead*, supra note 43, ECF No. 22; Criminal Information, *United States v. Saybolt North America Inc.*, No. 98-cr-10266 (D. Mass. Aug. 18, 1998), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/08-10-98saybolt-info.pdf>.
284. Див. Second Superseding Indictment, *United States v. Kozeny*, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. May 26, 2009), ECF No. 203, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/kozenyv/05-26-09bourke2nd-superseded-indict.pdf>; Judgment, *United States v. Bourke*, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. Nov. 12, 2009), ECF No. 253, доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/kozenyv/11-12-09bourke-judgment.pdf>.
285. Plea Agreement, *United States v. Control Components*, supra note 243, ECF No. 7, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/07-24-09cci-plea-agree.pdf>; див. також Order, *United States v. Carson*, supra note 119, ECF No. 440 (відмова у задоволенні клопотання про закриття справи за звинуваченням у порушенні Закону про пересування), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/carsons/2011-09-20-carson-minutes-denying-motion-to-dismiss.pdf>.
286. Див. також *United States v. Ahsani*, supra note 9; Criminal Information, *United States v. Matthias Krull*, No. 18-cr-20682 (S.D. Fla. Aug. 16, 2018), ECF No. 23, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1119951/download>; *United States v. Ng*, supra note 43; Criminal Information, *United States v. Darwin Enrique Padron-Acosta*, No. 16-cr-437 (S.D. Tex. Sept. 30, 2016), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1226941/download>; Criminal Information, *United States v. Esquenazi*, supra note 43; Criminal Information, *United States v. Green*, supra note 43; Criminal Information, *United States v. General Elec. Co.*, No. 92-cr-87 (S.D. Ohio July 22, 1992), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/general-electric/1992-07-22-general-electric-information.pdf>.
287. Іноземні посадові особи «не можуть бути звинувачені в порушенні самого FCPA, оскільки [FCPA] не криміналізує отримання хабара іноземною посадовою особою». *United States v. Blondek*, 741 F. Supp. 116, 117 (N.D. Tex. 1990), aff'd *United States v. Castle*, 925 F.2d 831 (5th Cir. 1991) («Ми вважаємо, що іноземні посадові особи не можуть бути притягнуті до відповідальності за 18 U.S.C. § 371 за змову з метою порушення FCPA.»). Однак, іноземні посадові особи можуть бути звинувачені в порушенні FCPA, якщо вони виступають в якості посередників в отриманні хабара. Див., наприклад, *Information, United States v. Basu*, No. 02-cr-475 (D.D.C. Nov. 26, 2002) (Снівробіт-

- ника Світового банку звинувачено у шахрайстві та порушенні FCPA за сприяння у виплаті хабарів іншому посадовцю Світового банку та кенійському урядовцю), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/basu/11-26-02basu-info.pdf>; Information, United States v. Sengupta, No. 02-cr-40 (D.D.C. Jan. 30, 2002), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/01-30-02sengupta-info.pdf>.
288. Див., наприклад, Judgments, United States v. Esquenazi, supra note 43, ECF Nos. 182, 816, 824 (судові рішення проти іноземних посадових осіб-відповідачів).
289. Criminal Information, United States v. SSI Int'l, supra note 243 (щодо порушень §§ 1343, 1346); Plea Agreement, United States v. SSI Int'l, supra note 243, (Oct. 10, 2006), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/10-10-06ssi-fareast-plea.pdf>.
290. Див. Ex-Im Bank, Form of Exporter's Certificate, EIB 15-04 (May 2019), доступно за посиланням https://www.exim.gov/sites/default/files/forms/eib15-04_0.pdf.
291. Див. 18 U.S.C. § 1001.
292. 22 C.F.R. §§ 130.2, 130.9.
293. Наприклад, у справі «United States v. BAE Systems plc» компанія BAE визнала себе винною у змові з метою обману уряду США шляхом порушення та блокування його законних функцій, у неправдивих заявах щодо комплаєнс-програми FCPA, а також у порушенні АЕСА та ІТАР. BAE сплатила штраф у розмірі 400 млн дол. та погодилась на проведення незалежного корпоративного моніторингу для забезпечення дотримання вимог чинного антикорупційного законодавства та законодавства з експортного контролю. Criminal Information and Plea Agreement, United States v. BAE Sys. plc, No. 10-cr-35 (D.D.C. Mar. 1, 2010), ECF Nos. 1, 8, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-01-10bae-systems-info.pdf> та <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-01-10baesystems-plea-agree.pdf>. В рамках позову, який ґрунтувався на тих же вихідних фактах, що і визнання вини у кримінальній справі, BAE уклала цивільну угоду з Управлінням контролю за оборонною торгівлею за порушення АЕСА та ІТАР, включаючи понад 2500 порушень ІТАР, які включали неповідомлення про виплату зборів або комісійних, пов'язаних з оборонними операціями, та неведення обліку операцій, що контролюються ІТАР. BAE виплатила 79 млн \$ штрафів, а Державний департамент запровадив «політику відмови» у видачі експортних ліцензій трьом дочірнім компаніям BAE, причетним до протиправної поведінки. Прес-реліз, BAE Systems plc Enters Civil Settlement of Alleged

- Violations of the AECA and ITAR and Agrees to Civil Penalty of \$79 Million (17 травня 2011), доступно за посиланням <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/05/163530.htm>.
294. 26 U.S.C. § 162(c)(1); див. також, наприклад, Criminal Superseding Information, United States v. Julia Vivi Wang, No. 16-cr-495 (S.D.N.Y. Apr. 4, 2018), ECF No. 55, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1061041/download>; Criminal Information, United States v. Roberto Enrique Rincon-Fernandez, No. 15-cr-654 (S.D. Tex. June 15, 2016), ECF No. 61, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/878951/download>; Plea Agreement, United States v. Leo Winston Smith, No. 07-cr-69 (C.D. Cal. Sept. 3, 2009), ECF No. 89, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/09-03-09smithl-plea-agree.pdf>; Criminal Information, United States v. Titan Corp., supra note 190.
295. Див. JM § 9-27.000.
296. Див. JM § 9-27.420 (визначення аспектів, які слід враховувати при визначенні доцільності укладення угоди про визнання вини).
297. Див. JM § 9-28.000 et seq.
298. Див. JM § 9-28.710 (обговорення питань захисту адвокатської таємниці та захисту результатів праці).
299. FCPA Corporate Enforcement Policy, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>.
300. Там само.
301. Див., наприклад, DOJ Declination Letter, Cognizant Technology Solutions Corporation (Feb. 13, 2019), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1132666/download>; DOJ Declination Letter, Insurance Corporation of Barbados Limited (Aug. 23, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1089626/download>; DOJ Declination Letter, Guralp Systems Limited (Aug. 20, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/1088621/download>.
302. Див. FCPA Corporate Enforcement Policy, supra note 299.
303. Там само.
304. Там само.
305. Див. Plea Agreement, United States v. Alstom S.A., supra note 194; Criminal Information, United States v. Marubeni Corp., Press Release, U.S. Dept. of Justice, Marubeni Corporation Agrees to Plead Guilty to Foreign Bribery Charges and to Pay an \$88 Million Fine, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/marubeni-corporation-agrees-plead-guilty-foreign-bribery-charges-and-pay-88-million-fine>.
306. Див., наприклад, DOJ Declination Letter, Dun & Bradstreet Corp. (Apr. 23, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/>

- [criminal-fraud/file/1055401/download](#); Cease-and-Desist Order, In the Matter of The Dun & Bradstreet Corp., Admin. Proc. 3-18446 (Apr. 23, 2018), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/34-83088.pdf>; DOJ Declination Letter, Nortek Inc. (June 3, 2016), доступно за <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/865406/download>; Nortek Inc., SEC Non-Prosecution Agreement (June 7, 2016), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/news/press/2016/2016-109-npa-nortek.pdf>.
307. DOJ Declination Letters, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy/declinations>.
308. Див. SEC Enforcement Manual, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>.
309. Див. JM § 9-28.300.A; see also JM § 9-28.700.B (роз'яснення переваг співпраці як для держави, так і для компанії).
310. Див. JM § 9-28.1000 (обговорення реституції та відшкодування збитків). Коментар також передбачає, що прокурори повинні взяти до уваги та зважити, чи належним чином компанія притягнула до дисциплінарної відповідальності порушників, а також зусилля компанії щодо реформування, включно з швидким визнанням недоліків програми та зусиль по її вдосконаленню.
311. Див. JM §§ 9-27.230, 9-27.420.
312. Див. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(7) (2018).
313. Див. Id. § 8C2.5(f)(2) (2011).
314. Див. U.S. Sec. and Exchange Comm., Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions, SEC Rel. Nos. 34-44969 and AAER-1470 (Oct. 23, 2001) [далі — Seaboard Report] доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm>.
315. U.S. Sec. and Exchange Comm., Policy Statement Concerning Cooperation by Individuals in its Investigations and Related Enforcements Actions, 17 C.F.R. § 202.12 (Jan. 10, 2010), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/rules/policy/2010/34-61340.pdf>.
316. Див. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(a)(2).
317. Див. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b).
318. Див. Debbie Troklus, et al., Compliance 101: How to build and maintain an effective compliance and ethics program, Society of Corp. Compliance and Ethics (2008) 3-9 [далі — Compliance 101] (перелік причин для впровадження комплаєнс-програми, серед яких захист репутації компанії, створення довіри між керівництвом та працівниками, запобігання неправдивих заяв клієнтам, підвищення ефективності та оптимізація процесів, виявлення шахрайства та зловживань з боку працівників та підрядників, забезпечення високої якості продукції

- та послуг, а також забезпечення системи «раннього попередження» про неналежні дії); Transparency Int'l, Business Principles for Countering Bribery: Small and Medium Enterprise (SME) Edition 5 (2008) (посилання на такі переваги антикорупційних програм, як захист репутації, створення репутації доброчесності, що розширює можливості для отримання державних замовлень, захист активів компанії, які в іншому випадку були б розтрачені на хабарі); Mark Pieth, Harmonising Anti-Corruption Compliance: The OECD Good Practice Guidance 45-46 (2011) [далі — Harmonising Anti-Corruption Compliance] (вказівки на необхідність програми комплаєнсу для запобігання та виявлення внутрішніх ризиків, таких як безпека на робочому місці або конфлікт інтересів, а також зовнішніх ризиків, таких як порушення антимонопольного законодавства, обхід ембарго, екологічні загрози та відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом).
319. U.S. Dep't. of Justice, Crim. Div., Evaluation of Corporate Compliance Programs, at 1 (June 2020) [далі — Evaluation of Corporate Compliance Programs], доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.
320. Органи, що відсторонюють підрядників, такі як Міністерство оборони або Адміністрація загальних служб, можуть також розглядати програму комплаєнсу компанії при прийнятті рішення про відсторонення або призупинення діяльності підрядника. Зокрема, відповідні положення передбачають, що орган, який відсторонює підрядника, повинен розглянути, «чи мав підрядник ефективні стандарти поведінки та системи внутрішнього контролю на момент здійснення діяльності, яка є підставою для відсторонення, або чи запровадив він такі процедури до початку будь-якого урядового розслідування діяльності, яка є підставою для відсторонення», а також «чи запровадив підрядник або погодився запровадити нові або переглянуті процедури перевірки та контролю, а також навчальні програми з питань етики». 48 C.F.R. § 9.406-1(a).
321. Seaboard Report, supra note 314; U.S. Sec. and Exchange Comm., Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions, SEC Release No. 44969 (Oct. 23, 2001), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm>.
322. JM § 9-28.300. При оцінці масштабів правопорушень у межах компанії прокурорам рекомендується враховувати той факт, що, хоч і може бути доцільним пред'являти компанії обвинувачення за незначні проступки, якщо правопорушення були масштабними, «проте, можливо, недоцільно покладати відповідальність на компанію, особливо таку, що має жорстку програму комплаєнсу, за якою ке-

рівник відповідає за одиничний окремих проступок недобросовісного працівника». Там само. § 9-28.500.A. Прокурори також повинні враховувати комплаєнс-програму компанії при вивченні будь-яких вжитих заходів щодо виправлення ситуації, включаючи зусилля щодо впровадження ефективної комплаєнс-програми або вдосконалення існуючої. Як пояснюється в коментарі, «хоча неадекватність корпоративної програми комплаєнсу є фактором, який слід враховувати при вирішенні питання про пред'явлення обвинувачення компанії, швидке визнання цієї компанією недоцільності програми та її зусилля щодо вдосконалення програми також є факторами, які слід враховувати при вирішенні питання про належний розгляд справи». Там само. § 9-28.1000.B. Нарешті, Принципи федерального кримінального переслідування бізнес-організацій передбачають, що прокурори повинні розглядати наявність та ефективність попередньої програми комплаєнсу в компанії при визначенні того, як розглядати об'єкт корпоративного обвинувачення. Там же § 9-28.800.

323. Див. JM § 9-28.800.B; див. також U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(a) (2018) («Нездатність запобігти або виявити миттєве правопорушення не обов'язково означає, що програма в цілому не є ефективною у запобіганні та виявленні злочинної поведінки».).
324. Див. Press Release, U.S. Dept. of Justice, Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA (Apr. 25, 2012) (відмова в порушенні кримінальної справи проти корпоративного роботодавця, який «побудував і підтримував систему внутрішнього контролю, яка забезпечувала розумні гарантії того, що його працівники не давали хабарів державним службовцям»), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>; Press Release, U.S. Sec. and Exchange Comm., SEC Charges Former Morgan Stanley Executive with FCPA Violations and Investment Adviser Fraud, No. 2012-78 (Apr. 25, 2012) (зазначено, що компанія-роботодавець не була звинувачена у цій справі і «співпрацювала з Комісією з цінних паперів та бірж і провела ретельне внутрішнє розслідування з метою визначення обсягу неправомірних платежів та інших неправомірних дій»), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/press/2012/2012-78.htm>.
325. Див. JM § 9-28.800.B.
326. Див., наприклад, Int'l Chamber of Commerce, ICC Rules on Combating Corruption (2011) [далі — ICC Rules on Combating Corruption], доступно за посиланням <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/10/ICC-Rules-on-Combating-Corruption-2011.pdf>; Transparency Int'l, Business Principles for Countering Bribery (3rd ed. 2013) [далі — Business Principles for Countering Bribery], доступно за посиланням <https://issuu.com/transparencyinternational/docs/>

[business_principles_web_final](#); United Kingdom Ministry of Justice, The Bribery Act of 2010, Рекомендації щодо процедур, які відповідні комерційні організації можуть запровадити для запобігання хабарництву з боку пов'язаних з ними осіб (Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing) (2010), доступно за посиланням <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>; World Bank Group, Integrity Compliance Guidelines (2017) [далі — Integrity Compliance Guidelines], доступно за посиланням <https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>; Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC Anti-corruption Code of Conduct for Business (2007) [далі — APEC Anti-corruption Code], доступно за посиланням http://www.apec.org/Groups/SOM-Steering-Committee-on-Economic-and-Technical-Cooperation/Task-Groups/~media/Files/Groups/ACT/07_act_codebrochure.ashx; Int'l Chamber of Commerce, et al., Resisting Extortion and Solicitation in International Transactions: A Company Tool for Employee Training (2011), доступно за посиланням <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/RESIST-English.pdf>; Int'l Chamber of Commerce, et al., Clean Business Is Good Business: The Business Case against Corruption (2008), доступно за посиланням <https://www.unglobalcompact.org/library/158>; World Economic Forum, Partnering Against Corruption Initiative: Global Principles for Countering Corruption (May 2016) [далі — Partnering Against Corruption], доступно за посиланням http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_Global_Principles_for_Countering_Corruption.pdf; Working Group on Bribery, OECD, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance (Feb. 2010) [далі — OECD Good Practice Guidance], доступно за посиланням <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>; U.N. Global Compact, The Ten Principles of the UN Global Compact [далі — The Ten Principles], доступно за посиланням <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

327. У Керівних настановах щодо призначення покарання також відображено, що не слід застосовувати єдиний, шаблонний набір вимог, а натомість зосереджувати увагу на низці факторів, таких як «застосовна галузева практика або стандарти, передбачені будь-яким застосовним державним регулюванням», розмір організації, а також те, чи була організація причетна до подібних проступків у минулому. Див. See U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1 & app. note 2 (2018).
328. На цьому наголошувала тодішній Комісар Комісії з цінних паперів та бірж Синтія Глассман у 2003 році у своєму виступі, присвяченому імплементації SEC Закону Сарбейнса-Окслі: «Кінцева ефектив-

ність нових правил корпоративного управління буде визначатися «тоном у верхах». Прийняття етичного кодексу мало що означає, якщо генеральний директор компанії або її директори своєю поведінкою або іншим чином дають зрозуміти, що положення кодексу до них не застосовуються.... Посадові особи та директори компаній мають найвищу владу і несуть найвищу відповідальність за відновлення довіри громадськості, поводячи себе так, щоб бути гідними довіри, яка їм надається». Cynthia Glassman, SEC Implementation of Sarbanes-Oxley: The New Corporate Governance, Remarks at National Economists Club (Apr. 7, 2003), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/speech/spch040703cag.htm>.

329. Дійсно, дослідження виявили, що «етична культура є єдиним найбільшим фактором, що визначає кількість неправомірних дій, які матимуть місце в бізнесі». Ethics Resource Center, 2009 National Business Ethics Survey: Ethics in the Recession (2009), at 41. Показники етичної культури включають етичне лідерство (тон у вищому керівництві), підкріплення етичної поведінки з боку керівника (підкріплення з боку керівників середньої ланки) та прихильність колег (підтримка один одного у виконанні правильних дій) Ethics Resource Center, 2013 National Business Ethics Survey: Workplace Ethics in Transition (2014) at 19. Сильна етична культура та сильні програми з етики та комплаєнсу пов'язані між собою, оскільки дані показують, що якісно впроваджена програма допомагає сформувати сильну етичну культуру. Там само п. 17. «Розуміння природи будь-якого розриву між бажаною культурою та фактичною культурою є критично важливим першим кроком у визначенні природи будь-яких етичних ризиків в організації». David Gebler, The Role of Culture at 1.7, in Society of Corporate Compliance and Ethics, The Complete Compliance and Manual (2011). Для створення етичної культури необхідно приділяти увагу нормам на всіх рівнях організації, включаючи «тон в верхах», «настрій в середині» і «гул внизу». Там само 1.9-1.10.
330. Див., наприклад, U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(2)(B)-(C) (2018).
331. Там само.
332. Там само.
333. Там само.
334. Див., наприклад, Ethics and Compliance Officer Association Foundation, The Ethics and Compliance Handbook: A Practical Guide From Leading Organizations (2008) at 13-26 [далі — The Ethics and Compliance Handbook].
335. Див., наприклад, U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(4) (2018).
336. Див. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(6) (2018) («Програма комплаєнсу та етики організації повинна послідовно просуватися та застосовуватися в рамках всієї організації за допомогою (A) відпо-

- відних стимулів працювати відповідно до програми комплаєнсу та етики; та (Б) відповідних дисциплінарних покарань за участь у злочинній поведінці та за нежиття розумних заходів для запобігання або виявлення злочинної поведінки.»).
337. Див., наприклад, Joseph E. Murphy, Society of Corp. Compliance and Ethics, Using Incentives in Your Compliance and Ethics Program (2011) at 4; The Ethics and Compliance Handbook, *supra* note 334, at 111-23.
338. Stephen M. Cutler, Director, Division of Enforcement, SEC, Tone at the Top: Getting It Right, Second Annual General Counsel Roundtable (Dec. 3, 2004), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/speech/spch120304smc.htm>.
339. Див., наприклад, ICC Rules on Combating Corruption, *supra* note 326, at 7.
340. Див., наприклад, U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(5)(C) (2018); Compliance 101, *supra* note 318, at 30-33.
341. Див. U.S. Sentencing Guidelines § 8B2.1(b)(5)(B) (2018) («Організація повинна вживати розумних заходів... для періодичної оцінки ефективності програми комплаєнсу та етики організації»).
342. Див., наприклад, Compliance 101, *supra* note 318, at 60-61; The Ethics and Compliance Handbook, *supra* note 334, at 155-60; Business Principles for Countering Bribery, *supra* note 326, at 14.
343. Див., наприклад, Michael M. Mannix and David S. Black., Compliance Issues in M&A: Performing Diligence on the Target's Ethics and Compliance Program at 5.71-5.81, in Society of Corporate Compliance and Ethics, The Complete Compliance and Ethics Manual (2011).
344. Complaint, SEC v. Syncor International Corp., No. 02-cv-2421 (D.D.C. Dec. 10, 2002), ECF No. 1, доступно за посиланням <http://www.sec.gov/litigation/complaints/comp17887.htm>; Criminal Information, United States v. Syncor Taiwan, Inc., No. 02-cr-1244 (C.D. Cal. Dec. 5, 2002), ECF No. 1, доступно за посиланням <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-syncor-taiwan-inc-court-docket-number-02-cr-1244-svw>.
345. U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008), доступно за посиланням <http://justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>.
346. Complaint, SEC v. Rae Sys., Inc., *supra* note 92; Non-Pros. Agreement, In re Rae Sys. Inc., *supra* note 92.
347. Див. Evaluation of Corporate Compliance Programs, *supra* note 319.
348. U.S. Dept. of Commerce, Business Ethics: A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies (2004), доступно за посиланням https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/bem_manual.pdf.
349. U.S. Dept. of State, Fighting Global Corruption: Business Risk Management (2d ed. 2001), доступно за посиланням <http://wgfacml>.

asa.gov/eg/en/anticorruption/USA/EU%20fighting%20against%20corruption.usa%202001-2003.pdf.

350. Див. Harmonising Anti-Corruption Compliance, *supra* note 318, at 46 («Антикорупційний комплаєнс стає все більш гармонізованим у всьому світі»).
351. OECD Good Practice Guidance, *supra* note 326.
352. APEC Anti-corruption Code, *supra* note 326.
353. ICC Rules on Combating Corruption, *supra* note 326.
354. Business Principles for Countering Bribery, *supra* note 326.
355. The Ten Principles, *supra* note 326.
356. Integrity Compliance Guidelines, *supra* note 326.
357. Partnering Against Corruption, *supra* note 326.
358. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1)(A), 78dd-3(e)(1)(A), 78ff(c)(1)(A).
359. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A); 18 U.S.C. § 3571(b)(3), (e) (положення про штрафи, яке замінює положення про штрафи, передбачені FCPA).
360. 15 U.S.C. § 78ff(a).
361. Там само.
362. 18 U.S.C. § 3571(d); see *Southern Union v. United States*, 132 S. Ct. 2344, 2350-51 & n.4 (2012).
363. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3).
364. Керівні настанови США щодо призначення покарань оприлюднюються Комісією США з питань призначення покарань:
- Комісія США з питань призначення покарань («Комісія») є незалежним органом судової гілки влади, що складається з семи членів з правом голосу та двох членів без права голосу за посадою. Її основною метою є розробка політики та практики призначення покарань для федеральної системи кримінального правосуддя, яка забезпечує досягнення цілей правосуддя шляхом оприлюднення детальних керівних принципів, що передбачають відповідні покарання для правопорушників, засуджених за федеральні злочини. Керівні принципи та політичні заяви, оприлюднені Комісією, видаються відповідно до Глави 994(a) Розділу 28 Кодексу законів Сполучених Штатів Америки.
- U.S. Sentencing Guidelines § 1A1.1 (2018).
365. Там само част. 3-5.
366. Там само § 2C1.1.
367. Там само § 2C1.1(b).
368. Там само. § 3B1.1.
369. Там само част. 4, § 5A.
370. Там само § 2B1.1(b)(10)(B), 2B1.1(b)(18)(A).
371. Там само § 8C2.4 (a).
372. Там само § 8C2.5.

373. Там само § 8C2.5(f), 8C2.5(g).

374. За останні тридцять років DOJ здійснював ці цивільні повноваження у обмежених випадках. Див., наприклад, *United States v. SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, et al.*, No. 01-cv-3105 (S.D. Tex. 2001) (винесення судової заборони, що забороняє компанії в майбутньому порушувати FCPA на підставі звинувачень у тому, що компанія давала хабарі індонезійському податковому чиновнику з метою зменшення податкових зобов'язань компанії); *United States v. Metcalf & Eddy, Inc.*, No. 99-cv-12566 (D. Mass. 1999) (винесення судової заборони, що забороняє компанії в майбутньому порушувати FCPA та вимагає підтримання програми комплаєнсу на підставі звинувачень у сплаті надмірних маркетингових та рекламних витрат, таких як авіаквитки, витрати на відрядження та добові єгипетському посадовцю та його сім'ї); *United States v. American Totalisator Co. Inc.*, No. 93-cv-161 (D. Md. 1993) (винесення судової заборони, що забороняє компанії в майбутньому порушувати FCPA на підставі звинувачень у тому, що вона виплачувала гроші своєму грецькому агенту, знаючи, що всі або частина виплачених грошей будуть запропоновані, передані або обіцяні грецьким іноземним посадовим особам у зв'язку з продажем систем і запасних частин компанії); *United States v. Eagle Bus Manufacturing, Inc.*, No. 91-cv-171 (S.D. Tex. 1991) (винесення судової заборони, що забороняє компанії в майбутньому порушувати FCPA на підставі звинувачень у тому, що співробітники компанії брали участь у схемі підкупу іноземних посадових осіб державної транспортної компанії провінції Саскачеван у розмірі 50 тис. канадських доларів у зв'язку з продажем автобусів); *United States v. Carver, et al.*, No. 79-cv-1768 (S.D. Fla. 1979) (винесення судової заборони, що забороняє компанії порушувати FCPA у майбутньому на підставі звинувачень у тому, що Карвер та Холлі, посадові особи та акціонери *Holcar Oil Corp.* сплатили 1,5 млн \$ іноземній посадовій особі з Катару з метою отримання концесійної угоди на буріння нафтових свердловин); *United States v. Kenny, et al.*, No. 79-cv-2038 (D.D.C. 1979) (у зв'язку з кримінальним провадженням, винесенням ухвали про заборону компанії порушувати FCPA у майбутньому за надання незаконної фінансової допомоги політичній партії з метою забезпечення поновлення договору на розповсюдження друкованої продукції).

375. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1)(B), 78dd-3(e)(1)(B), 78ff(c)(1)(B); see also 17 C.F.R. § 201.1004 (забезпечення коригування на рівень інфляції).

376. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(B), 78dd-3(e)(2)(B), 78ff(c)(2)(B); see also 17 C.F.R. § 201.1004 (забезпечення коригування на рівень інфляції).

377. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3); see also 17 C.F.R. § 201.1004 (забезпечення коригування на рівень інфляції).

378. Section 21(B)(b) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78u(d)(3); see also 17 C.F.R. § 201.1004 (забезпечення коригування на рівень інфляції), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/enforce/civil-penalties-inflation-adjustments.htm>.
379. Див. Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990, Pub. L. No. 101-429, 104 Stat. 931 §§ 202, 301, 401, and 402 (codified in scattered sections of Title 15 of the United States Code).
380. 591 U.S. __ (2020).
381. Press Release, United States v. Braskem S.A., No. 16-cr-644 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>.
382. Див., наприклад, Press Release, United States v. Airbus (координування дій DOJ з Францією і Великою Британією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>; Press Release, United States v. TechnipFMC (Координування дій DOJ з Бразилією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsi-dary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve>; Press Release, United States v. Société Générale (координування дій DOJ з Францією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/soci-t-g-n-rale-sa-agrees-pay-860-million-criminal-penalties-bribing-gaddafi-era-libyan>; Press Release, United States v. Keppel Offshore & Marine Ltd., No 17-cr-697 (E.D.N.Y. Dec. 22, 2017) (координування дій DOJ з Бразилією і Сингапуром), available at <https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsi-dary-agree-pay-422-million-global-penalties>. Press Release, United States v. SBM Offshore (S.D. Tex. Nov. 29, 2017). (координування дій DOJ з Нідерландами і Бразилією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsi-dary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case>; Press Release, United States v. Telia Company AB, No. 17-cr-581 (S.D.N.Y. Sept. 21, 2017) (координування дій DOJ і SEC з Нідерландами), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsi-dary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965>; Press Release, United States v. Rolls-Royce plc, No. 16-cr-247 (S.D. Ohio Jan. 17, 2017) (координування дій DOJ з Великою Британією і Бразилією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act>; Press Release, United States v. Odebrecht S.A., No. 16-cr-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016) (координування дій DOJ з Бразилією і Швейцарією), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/odebre>

- [cht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve](#); Press Release, United States v. Braskem S.A., No. 16-cr-644 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016) (координування дій DOJ і SEC з Бразилією і Швейцарією), доступно за посиланням at <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>; Press Release, United States v. VimpelCom Ltd., No. 16-cr-137 (S.D.N.Y. Feb. 18, 2016) (координування дій DOJ і SEC з Нідерландами), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>; Press Release, United States v. Siemens AG, supra note 233 (координування дій DOJ і SEC з Німеччиною), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>.
383. Див. Rod J. Rosenstein, Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Letter to Heads of Department Components on Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties (May 9, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/download>.
384. Там само. at 1.
385. 48 C.F.R. §§ 9.406-2, 9.407-2.
386. 48 C.F.R. § 9.402(b).
387. Див. 48 C.F.R. §§ 9.406-1, 9.407-1(b)(2). Section 9.406-1 встановлює наступний невичерпний перелік факторів:
- (1) Чи мав підрядник ефективні стандарти поведінки та системи внутрішнього контролю на момент здійснення діяльності, яка є підставою для відсторонення, або чи запровадив він такі процедури до початку будь-якого урядового розслідування діяльності, яка є підставою для відсторонення.
 - (2) Чи своєчасно підрядник довів до відома відповідного державного органу інформацію про діяльність, на яку той посиляється як на причину для відсторонення від виконання робіт.
 - (3) Чи провів підрядник повне розслідування обставин, пов'язаних з причиною відсторонення, і, якщо так, чи надав результат розслідування посадовій особі, яка відсторила, доступ до нього.
 - (4) Чи співпрацював підрядник у повному обсязі з державними органами під час розслідування та під час усіх судових чи адміністративних дій.
 - (5) Чи сплатив підрядник або погодився понести всю кримінальну, цивільну та адміністративну відповідальність за неналежну діяльність, включаючи сплату всіх слідчих або адміністративних витрат, понесених державою, а також здійснив або погодився здійснити повне відшкодування збитків.
 - (6) Чи вжив підрядник відповідних дисциплінарних заходів щодо осіб, відповідальних за діяльність, яка є підставою для відсторонення.

- (7) Чи запровадив підрядник або погодився запровадити коригувальні заходи, у тому числі ті, що були визначені Урядом.
 - (8) Чи запровадив підрядник або погодився запровадити нові або переглянуті процедури перевірки та контролю, а також програми навчання з питань етики.
 - (9) Чи мав підрядник достатньо часу для усунення обставин в організації підрядника, які призвели до причини відсторонення.
 - (10) Чи визнає та розуміє керівництво підрядника серйозність проступку, що став причиною для відсторонення, та чи впровадило воно програми для запобігання повторення подібних випадків.
388. 48 C.F.R. § 9.406-1(a).
389. Exec. Order No. 12,549, 51 Fed. Reg. 6,370 (Feb. 18, 1986); Exec. Order No. 12,689, 54 Fed. Reg. 34131 (Aug. 18, 1989).
390. 48 C.F.R. § 9.407-2(b).
391. JM § 9-28.1500.B.
392. Див., наприклад, African Development Bank Group, Integrity and Anti-Corruption Progress Report 2009-2010 7, 14 («Як провідна фінансова установа розвитку в Африці, АфБР сповнений рішучості викоринити неправомірні дії, шахрайство та корупцію у своїх лавах, а також у процесі реалізації проектів, які він фінансує. З цією метою у листопаді 2005 року Банк створив підрозділ з розслідування випадків корупції та шахрайства, який є його єдиним слідчим органом. Підрозділ розпочав свою діяльність у червні 2006 року та розпочав розслідування у січні 2007 року... Розслідування, що проводяться Департаментом доброчесності та протидії корупції, не є кримінальними провадженнями; вони мають адміністративний характер. Санкції варіюються від дисциплінарних заходів для персоналу, таких як звільнення, до анулювання кредитів і заборони підрядникам брати участь у тендерах, які можуть бути тимчасовими або постійними»), доступно за посиланням <https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/Integrity%20and%20Anti-Corruption.pdf>; World Bank Report Concerning the Debarment Process of the World Bank, доступно за посиланням <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/ThornburghReport.pdf>. Процедура відсторонення, яку застосовує Світовий банк, була вперше сформульована в липні 1996 року, а Комітет з питань санкцій був створений у листопаді 1998 року для розгляду звинувачень і надання рекомендацій Президенту щодо застосування санкцій. Письмові процедури були опубліковані в серпні 2001 року і розміщені на веб-сайті Банку разом із санкційними заходами за посиланням <https://www.world-bank.org/en/about/unit/sanctions-system/sanctions-board>.
393. Див. African Development Bank Group, Asian Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development, Inter-American

- Development Bank Group and World Bank Group, Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions (Apr. 9, 2010), доступно за посиланням <https://www.adb.org/documents/agreement-mutual-enforcement-debarment-decisions>.
394. Там само; також див. The World Bank Group, Multilateral Development Banks Step Up Their Fight Against Corruption with Joint Sanction Accord (Apr. 9, 2010) («З сьогоднішньою угодою про перехресну заборону між банками розвитку надсилається чіткий сигнал щодо боротьби з корупцією: Крадеш і обманюєш одного — будеш покараний усіма», — заявив Президент Групи Світового банку Роберт Б. Зеллік»), доступно за посиланням <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2010/04/09/multilateral-development-banks-step-up-fight-against-corruption-joint-sanction-accord>.
395. 22 C.F.R. §§ 126.7(a)(3)-(4), 120.27(a)(6).
396. Authority under the AECA is delegated to the DDTC. See 22 C.F.R. § 120.1(a).
397. 22 U.S.C. § 2778(g)(1)(A)(vi), (g)(3)(B).
398. 22 C.F.R. § 127.7(c).
399. Див посилання 293.
400. Див. Gary G. Grindler, Acting Dep. Att'y Gen., U.S. Dept. of Justice, Mem. to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution (May 25, 2010), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/dag/dag-memo-guidance-monitors.pdf>; Lanny A. Breuer, Assist. Att'y Gen., Dep't of Justice, Mem. to All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters (June 24, 2009), доступно за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/response3-supp-appx-3.pdf>; ди. Також Craig S. Morford, Acting Dep. Att'y Gen., U.S. Dept. of Justice, Mem. to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations (Mar. 7, 2008), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>.
401. Див. Brian A. Benczkowski, Assistant Att'y General, U.S. Department of Justice, Memo to All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters (Oct. 11, 2018), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download>.
402. Там само. at 2.
403. Там само.
404. Там само.
405. Історично так склалося, що DOJ іноді погоджувався на укладення DPA з компаніями, які не подавали позовів до суду. Наразі DOJ більше не практикує таку практику.

406. JM § 9-27.230.
407. Там само.
408. DOJ відмовився від відкриття справи, де були присутні деякі або всі з наступних обставин: (1) компанія добровільно і в повному обсязі розкрила інформацію про потенційні порушення; (2) керівники компанії добровільно погодилися на інтерв'ю з DOJ і надали правдиву і повну інформацію про свої дії; (3) материнська компанія провела комплексну due diligence потенційно відповідальних дочірніх компаній перед придбанням і доклала значних зусиль для виправлення ситуації після придбання; (4) компанія надала інформацію про свою політику, процедури та систему внутрішнього контролю у сфері комплаєнсу; (5) компанія погодилася на цивільне врегулювання з Комісією з цінних паперів та бірж, продемонструвавши при цьому, що відмова від відкриття справи є доцільною; (6) у неправомірних платежах брав участь лише один працівник; (7) неправомірні платежі були мінімальними порівняно із загальними доходами бізнесу.
409. SEC Rules of Practice, 17 C.F.R. § 201.102(e).
410. Deferred Pros. Agreement, In the Matter of Tenaris, S.A. (May 17, 2011), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/press/2011/2011-112-dpa.pdf>; див. також Press Release, U.S. Sec. and Exchange Comm., Tenaris to Pay \$5.4 Million in SEC's First-Ever Deferred Prosecution Agreement (May 17, 2011), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/press/2011/2011-112.htm>.
411. Див. Non-Pros. Agreement, In re Tenaris, S.A. (May 17, 2011), доступно за посиланням <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/12/08/2011-03-14-tenaris.pdf>.
412. Див. U.S. Sec. and Exchange Comm., Enforcement Manual § 6.2.3. (Mar. 9, 2012), доступно за посиланням <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>.
413. Див там само § 6.2.4.
414. Див там само § 2.6.
415. 18 U.S.C. § 1514A(c).
416. 18 U.S.C. § 1513(e).
417. 15 U.S.C. § 78u-6(a)(3). Нове положення визначає поняття «вихідна інформація» як інформацію, яка: (А) отримана з незалежних повідомлень або аналізу викривача; (В) не відома Комісії з будь-якого іншого джерела, якщо тільки викривач не є першоджерелом інформації; та (С) не отримана виключно з тверджень, зроблених у судовому чи адміністративному процесі або розслідуванні, або з новинних засобів масової інформації, якщо тільки викривач не є джерелом такої інформації.
418. 15 U.S.C. § 78u-6; див. також Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, § 922, 124 Stat. 1376, 1841-49 (2010).

419. Для отримання детальної інформації про програму, включаючи кваліфікаційні вимоги та певні обмеження, які застосовуються, див. Section 922 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/files/dodd-frank-sec-922.pdf>, and the final rules on eligibility, Exchange Act Rule 21F-8, 17 C.F.R. § 240.21F-8, доступно за посиланням <https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf>.
420. Наприклад, правила: (1) надають викривачу право на отримання винагороди, якщо викривач повідомляє вихідну інформацію всередині компанії, а компанія інформує SEC про порушення; (2) надають викривачам 120 днів для повідомлення інформації до SEC після першого повідомлення всередині компанії, при цьому з ними поводяться так, ніби вони повідомили SEC раніше, таким чином, зберігаючи їх «місце в черзі» на можливу винагороду від SEC; та (3) передбачають, що добровільна участь викривача у внутрішній системі комплаєнсу та звітності суб'єкта господарювання є фактором, який може збільшити суму винагороди, а втручання викривача у внутрішню систему комплаєнсу та звітності є фактором, який може зменшити суму винагороди. Див. Exchange Act Rule 21F, 17 C.F.R. § 240.21F.
421. Див. Exchange Act Rule 21F-7(b), 17 C.F.R. § 240.21F-7(b).
422. Наприклад, співробітники SEC не розкривають особу викривача у відповідь на запити відповідно до Закону про свободу інформації. Однак існують обмеження щодо здатності SEC захищати особу викривача, і за певних обставин SEC повинна розкривати її зовнішнім суб'єктам. Наприклад, в рамках адміністративного або судового провадження від SEC можуть вимагати надати документи або іншу інформацію, яка б розкрила особу викривача. Крім того, в рамках поточних обов'язків SEC щодо проведення розслідувань співробітники SEC можуть використовувати інформацію, надану викривачем під час розслідування. За відповідних обставин SEC може також надавати інформацію, за умови дотримання вимог конфіденційності, іншим державним або регуляторним органам. Див. Exchange Act Rule 21F-7(a), 17 C.F.R. 240.21F-7(a).
423. Хоча SEC не має процедури оприлюднення роз'яснень, вона оголосила про своє рішення керуватися інструкціями, оголошеними через Процедуру оприлюднення роз'яснень щодо FCPA, якої дотримується DOJ. U.S. Sec. and Exchange Comm., SEC Release No. 34-17099 (Aug. 29, 1980), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/digest/1980/dig082980.pdf>. У Релізі SEC № 34-17099 зазначалося, що з метою заохочення емітентів скористатися Процедурою аналізу FCPA DOJ, на розсуд органів прокуратури, SEC "не буде вживати жодних правозастосовних заходів за звинуваченням у порушенні Глави 30A у разі, якщо емітент до 31 травня 1981 року

- звернувся до Департаменту та отримав від нього лист щодо Процедури аналізу FCPA, в якому зазначалося, що Департамент не буде вживати правозастосовних заходів відповідно до Глави 30А щодо відповідної транзакції." У релізі також зазначалося, що ця політика буде переглянута після того, як DOJ оцінить результати Процедури аналізу FCPA після завершення першого року її застосування. У другому релізі зазначалося, що SEC продовжуватиме дотримуватися політики, оголошеної в релізі № 34-17099.. U.S. Sec. and Exchange Comm., SEC Release. No. 34-18255 (Nov. 13, 1981), доступно за посиланням <http://www.sec.gov/news/digest/1981/dig111381.pdf>.
424. Обидва релізи DOJ є досупні: з 1993 року до тепер і з 1980 по 1992 за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion>.
425. З повним текстом нормативно-правових актів, що стосуються процедури отримання роз'яснень DOJ, можна ознайомитися за посиланням <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgnrcpt.pdf>.
426. 28 C.F.R. § 80.1.
427. 28 C.F.R. § 80.3.
428. 28 C.F.R. § 80.12 («Ні подання запиту на отримання Роз'яснення FCPA, ні його розгляд, ні видача Роз'яснення FCPA жодним чином не змінюють відповідальність емітента за дотримання вимог щодо бухгалтерського обліку, передбачених 15 U.S.C. 78m(b)(2) та (3).»)
429. 28 C.F.R. § 80.4.
430. 28 C.F.R. § 80.5.
431. 28 C.F.R. § 80.6.
432. 28 C.F.R. § 80.14(a). Ця політика нерозголошення застосовується незалежно від того, чи відповідає DOJ на запит, чи сторона відкликає запит до отримання відповіді.
433. 28 C.F.R. § 80.6.
434. 28 C.F.R. § 80.2.
435. У зв'язку з будь-яким запитом на отримання висновку щодо FCPA DOJ може провести будь-яке незалежне розслідування, яке вважає за потрібне. 28 C.F.R. § 80.7.
436. 28 C.F.R. § 80.15. Після того, як запит відкликано, він не має жодних наслідків. Однак DOJ залишає за собою право зберігати копію будь-якого запиту на отримання роз'яснень FCPA, документів та інформації, наданих під час процедури надання роз'яснень, для будь-яких урядових цілей, з урахуванням обмежень на розкриття інформації, передбачених у 28 C.F.R. § 80.14.
437. 28 C.F.R. § 80.8.
438. 28 C.F.R. § 80.7. «Така додаткова інформація, якщо вона надається в усній формі, повинна бути негайно підтверджена в письмовій формі. Та сама особа, яка підписала первинний запит, повинна підписати письмову додаткову інформацію і знову засвідчити її прав-

- дивість, правильність і повноту розкриття запитуваної інформації».
439. 28 C.F.R. § 80.9 («Не може бути надано жодного усного дозволу, відмови або іншої заяви, що має на меті обмежити правозастосовні повноваження DOJ. Емітент або внутрішній суб'єкт господарювання, який подає запит, може покладатися лише на письмовий лист з висновком щодо FCPA, підписаний Генеральним прокурором або його уповноваженим»)
440. 28 C.F.R. § 80.8. Роз'яснення FCPA не є обов'язковими або зобов'язуючими для будь-якого іншого відомства, окрім DOJ. Вони також не впливають на зобов'язання запитуючої сторони перед будь-яким іншим відомством або за будь-яким законодавчим чи нормативним положенням, окрім тих, що конкретно зазначені в конкретному роз'ясненні FCPA. 28 C.F.R. § 80.11. Якщо поведінка, щодо якої подається запит на отримання роз'яснення FCPA, підлягає затвердженню будь-яким іншим відомством, такий висновок FCPA не може розглядатися як такий, що вказує на погляди DOJ на будь-які юридичні або фактичні питання, що розглядаються таким іншим відомством. 28 C.F.R. § 80.13.
441. 28 C.F.R. § 80.10. DOJ може спростувати цю презумпцію на підставі переважання доказів. Суд, визначаючи, чи була спростована презумпція, зважає всі відповідні фактори, включаючи те, чи була подана інформація точною і повною, і чи стосувалася поведінки, зазначеної в поданому запиті. Станом на вересень 2012 року DOJ жодного разу не застосовував правозастосовних дій проти сторони за поведінку, яка лягла в основу роз'яснення FCPA, в якому зазначалося, що майбутня поведінка порушуватиме поточну політику DOJ у сфері правозастосування.
442. Як правило, DOJ зазвичай анонімізує більшу частину інформації у своїх публічно оприлюднених роз'ясненнях і включає загальний характер та обставини запропонованої поведінки. DOJ не розголошує особистість жодного іноземного торгового агента чи інші види ідентифікуючої інформації. 28 C.F.R. § 80.14(b). Однак DOJ може розкрити інформацію про особу сторони, яка подала запит, іноземну країну, в якій має відбутися запропонована поведінка, а також будь-які дії DOJ, вжиті у відповідь на запит про надання роз'яснення щодо FCPA. Якщо сторона вважає, що роз'яснення містить інформацію, що є конфіденційною, вона може звернутися до DOJ з проханням видалити або анонімізувати такі частини роз'яснення до його публічного оприлюднення. 28 C.F.R. § 80.14(c).
443. 28 C.F.R. § 80.16.

СПИСОК АБРЕВІАТУР

CEP	Corporate Enforcement Policy — корпоративна політика правозастосування
DOJ	Department of Justice — Міністерство юстиції США
DPA	Deferred Prosecution Agreement — угода про відстрочення судового переслідування
IACAC	Inter-American Convention Against Corruption — Міжамериканська конвенція проти корупції
INL	The Department of State's Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs — Бюро з міжнародних питань боротьби з наркотиками та правоохоронної діяльності Державного департаменту
NPA	Non-Prosecution Agreement — угода про непереслідування
SEC	Securities and Exchange Commission — Комісія з цінних паперів та бірж
SOX	Sarbanes-Oxley — Закон Сарбейнса-Окслі
U.S. GAAP	Generally Accepted Accounting Principles of USA — Загальноприйняті принципи бухгалтерського обліку США
U.S.C.	United States Code — Звід законів США
UNCAC	United Nations Convention against Corruption — Конвенції ООН проти корупції
ОЕСР	Організація економічного співробітництва та розвитку
ООН	Організація об'єднаних націй

