

Регулирование закупочных отношений в международном частном праве

Аннотация. Закупочные отношения с государственным участием и без него имеют единую сущность, но первые урегулированы гражданским правом в большинстве стран, а вторые почти нет. Особый научный интерес представляет регулирование закупочных отношений в международном частном праве, т.к. характер делового оборота транснациональных корпораций постоянно усложняется, а международные тендеры, организуемые транснациональными корпорациями (ТНК) для покрытия потребностей своих подразделений в разных странах, почти не урегулированы правом. Так, одной из проблем является определение применимого права к отношению сторон в международном тендере. Например, порядок исковой защиты является спорным, когда ни фактический исполнитель по договору, ни его вторая сторона в лице одного из подразделений ТНК не принимали непосредственного участия в международном тендере, который был организован штаб-квартирой ТНК и по результатам которого подписан договор и возник спор по нарушению условия, согласованного в тендере. Между тем в ходе проведения международного тендера возможны злоупотребления, в том числе ограничивающие свободную конкуренцию не только на национальном, но и на региональном уровнях.

В статье, являющейся частью диссертационного исследования автора, проанализированы ключевые понятия рассматриваемой темы и предложены рекомендации по устранению пробелов в МЧП в части регулирования закупочных отношений с иностранным элементом. Рекомендации автора могут быть использованы для совершенствования действующего гражданского права РФ, дальнейших научных исследований в рамках международного частного права, в том числе для комплексного анализа и разработки нормативного регулирования деятельности ТНК в мире.

Ключевые слова: закупочное отношение, закупки, международный тендер, ТНК, аффилированность, ЮНСИТРАЛ, контрактная система.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.64.3.192-197

Корпорации не имеют ни лица, чтобы быть наказанными,
ни души, чтобы быть проклятыми.
Эдвард Фурлов, английский юрист
и лорд-канцлер (1731—1806)

Основными субъектами международных тендеров являются транснациональные корпорации (ТНК). Транснациональной корпорацией является объединение юридических лиц, заре-

гистрированных в разных странах, одно или несколько из которых координирует и контролирует операции объединения на региональном и/или глобальном уровне.

© Баранникова Е. С., 2016

* Баранникова Екатерина Сергеевна, соискатель кафедры гражданского и международного частного права Московского государственного института международных отношений (МГИМО (У) МИД России), руководитель отдела закупок ООО «МЕТРО Кэш энд Керри»

e.barannikova@yahoo.com

119454, г. Москва, проспект Вернадского, 76

Масштаб экономических операций крупных ТНК в мире сравним с ВВП некоторых стран¹. Однако ни на национальном уровне государств, ни в международном частном праве в настоящее время нет достаточно четких норм регулирования ответственности ТНК, т.к. свои операции ТНК осуществляют в виде деятельности отдельных юридических лиц, зарегистрированных в сотнях стран мира. Так, компания Coca-Cola представлена более чем в 200 странах мира, включая Россию. В научной литературе периодически поднимаются вопросы о необходимости регулирования деятельности ТНК, но, как правило, ограничиваются проблемами соблюдения прав человека, защиты окружающей среды и противодействия коррупции². Некоторое регулирование ТНК осуществляется в части обеспечения корпоративной ответственности (защита прав человека, бережное отношение к экологии и т.д.) в форме саморегулирования (деловые кодексы, стандарты поведения ТНК).

Активными субъектами в международных тендерах ТНК являются третьи взаимозависимые лица. Приведем данные определения и проиллюстрируем их применение на примерах.

Международный тендер — это конкурс, в котором коммерческие предприятия организатора и/или участников находятся в разных государствах и который прямо не подпадает под действие норм законодательства одной юрисдикции. Например, по итогам международного тендера, проведенного Carlsberg S/A (Дания) на закупку солода, победителем выбран китайский поставщик Sofco Limited и заключено рамочное соглашение между организатором и победителем тендера, покрывающее поставки солода на европейские рынки, где представлены заводы Carlsberg, а «Пивоваренная компания “Балтика”» по условиям вышеуказанного тендера подписала с Sofco Limited отдельный договор, необходимый для таможенного оформления импортного солода и позволяющий избежать сложной процедуры одобрения сделки с заинтересованностью, которая возникла бы в случае заключения трех-

стороннего соглашения (поставщик, организатор тендера и третье взаимозависимое лицо) и/или дополнительного соглашения о присоединении «Пивоваренной компании “Балтика”» к рамочному договору Carlsberg, т.к. Carlsberg S/A является основным акционером «Пивоваренной компании “Балтика”».

Таким образом, субъектами закупочного правоотношения являются организатор тендера или лицо, действующее по его поручению, участники тендера и третьи взаимозависимые лица. Третьи взаимозависимые лица могут быть связаны либо с организатором, будучи членами одной ТНК, либо с одним из участников тендера, будучи фактическим исполнителем будущего договора, заключаемого организатором тендера с победившим в тендере участником. В первом случае актуален пример, когда штаб-квартира ТНК, находящаяся и зарегистрированная в Англии, проводит региональный тендер на закупку сырья для использования в производстве на заводах данной ТНК, зарегистрированных и находящихся в 28 странах, включая Российскую Федерацию. Непосредственно не являясь организаторами тендера, данные заводы являются третьими взаимозависимыми с организатором лицами в закупочном правоотношении. Во втором случае приведем следующий пример: в тендере выиграл участник, зарегистрированный и находящийся в Австрии, а фактической стороной в договоре с организатором тендера на условиях, согласованных в тендере, будет выступать юридическое лицо, зарегистрированное и действующее в России и входящее в состав одной ТНК с выигравшим в тендере участником. То есть это третье взаимозависимое с участником лицо.

Третьи взаимозависимые лица не следует отождествлять с аффилированными лицами. Так, в деле «Либерти Мерсиан против Кадди Сивил Инжиниринг»³ возник спор между организатором тендера (истцом), получателем письма о намерении заключить договор по итогам тендера и фактическим исполнителем работ («Кадди Демолишен энд Дискмантинг») и бене-

¹ Андерсон С., Кавана Дж. Топ-200: взлет корпоративной власти // Институт политических учений. 2000. 4 декабря.

² Блумберг Ф. Корпоративная ответственность в меняющуюся эпоху. 1972.

³ Болкман С. Сравнение национальных законов о частно-публичных партнерствах и правовых инструментов ЮНСИТРАЛ // Краун Агентс № 104342D, март 2014.

фициаром выпущенной истцом банковской гарантии (ответчик: «Кадди Сивил Инжиниринг»). Несмотря на то что «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг» и «Кадди Сивил Инжиниринг» являлись аффилированными лицами, имея одних учредителей, по решению суда «Кадди Сивил Инжиниринг» не обязано отвечать по обязательствам «Кадди Демолишен энд Дисмантлинг», т.к. не участвовало в тендере, а банковская гарантия была выпущена истцом в пользу данного лица без его ведома.

В большинстве штаб-квартир ТНК существуют департаменты по централизации закупок (*global sourcing*), использующие эффект масштаба по объединению сходных потребностей своих подразделений в разных странах. Возможные злоупотребления доминирующим положением ТНК могут происходить не только в рамках одной страны, но и в регионе. Перераспределяя пакетные сделки между разными рынками, ТНК может манипулировать рынком отдельно взятой страны за счет условий международного тендера. При этом возможные нарушения конкуренции в географическом масштабе, вызванные международными тендерами ТНК, и прочие злоупотребления (неправомерное раскрытие конфиденциальной информации, изменение согласованных в тендере условий в момент заключения договора и др.) остаются почти без правовой защиты в МЧП.

Основные проблемы заключаются в сложности определения применимого права к нарушению в международном тендере и в отсутствии исковой защиты против ТНК, т.к. иск возможно предъявить стороне конкретного закупочного отношения, а этой стороной, как правило, является отдельно взятое юридическое лицо (например, юридическое лицо с иностранными инвестициями (ТНК), зарегистрированное и осуществляющее экономическую деятельность в РФ).

Английский лорд Деннинг предложил эффективное правовое решение проблемы регулирования делового оборота ТНК, рекомендовав суду рассматривать действия не отдельного юридического лица, а «единого экономического субъекта»⁴ — ТНК. Действительно, при установлении фактов нарушений в междуна-

родном тендере значение имеет именно централизация закупочных потребностей ТНК, выраженная в заключении отдельных договоров по итогам тендера между победителем тендера и подразделениями ТНК разных стран мира.

С целью устранения рассмотренных нами проблем правоприменения по тендерным спорам с участием ТНК рекомендуем дополнить статью 53.2 ГК РФ следующим образом: «В случаях, если настоящий Кодекс или другой закон ставит наступление правовых последствий в зависимости от наличия между лицами отношений связанности (аффилированности), наличие или отсутствие таких отношений определяется в соответствии с законом, а в отношении российского юридического лица с иностранными инвестициями наличием центра принятия решений по координации действий ТНК на глобальном или региональном уровне, затрагивающей операции российского юридического лица с иностранными инвестициями».

Регулирование закупочной деятельности ТНК усложняется наличием правовой неопределенности отношений между юридически независимыми, зарегистрированными в разных странах подразделениями ТНК и ее штаб-квартирой, действия которой в международном тендере обязывают подразделения заключить договор, в формировании которого они не участвовали. При этом ТНК может иметь несколько центров принятия решений, каждый из которых контролирует закупочные отношения на региональном уровне, или сочетать применение отдельно созданного центра для договорных отношений (например, юридическое лицо ТНК в стране с благоприятным налоговым режимом) и штаб-квартиры для принятия решений. В последнем случае международный тендер проводится штаб-квартирой, а договор по итогам тендера заключает юридическое лицо с выгодным ТНК налоговым режимом. Например, у Royal Dutch Shell налоговый центр зарегистрирован в Нидерландах, а штаб-квартира находится в Англии.

Рассматриваемая проблема может быть решена путем законодательного определения личного закона ТНК. В частности, необходимо указать, что личным законом транснацио-

⁴ Ди-Эйч-Эн Фуд Дистрибуторс против Тауэр Хамлетс // Свод судебных окружных решений Лондона, дело № 852, 1976.

нальной корпорации считается право страны, где учреждено юридическое лицо, имеющее право принимать управленческие решения в отношении иных аффилированных лиц транснациональной корпорации. К личному закону аффилированных лиц транснациональной корпорации субсидиарно применяется личный закон транснациональной корпорации.

Перейдем к следующему решению проблемы регулирования закупочных отношений в международном частном праве — созданию типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках. Отметим, что действующий Федеральный закон № 44 «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 г. разработан на основании типового закона ЮНСИТРАЛ о публичных закупках. На наш взгляд, создание типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках (закупки без государственного участия) будет более эффективно для современного делового оборота, нежели принятие иными международными организациями рекомендательных норм (guidelines) «мягкого» права или разработка международной конвенции, как правило требующей длительного времени на принятие и ратификацию и имеющей ограниченное количество присоединившихся к ней стран. В одном из комментариев к редакции Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров, работ и услуг (1994) был выделен раздел «Международные тендеры», однако касавшийся в основном права закупающей стороны организовывать тендеры с участием нерезидентов⁵.

Нормы МЧП о международных тендерах могут быть интегрированы в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2011) путем уточнения его редакции. Так, под закупающей стороной (ст. 2п (ii)) может пониматься и коммерческое юридическое лицо, если это будет указано при разработке и принятии закона на национальном уровне на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ, а нормы МЧП будут приведены в отдельном разделе закона. При этом закон будет распространяться на закупочные отношения в целом — как с государственным участием, так и без него. Данный подход эф-

фективен для государств, еще не принявших закон о публичных закупках на основании типового закона ЮНСИТРАЛ.

Так как в Российской Федерации полным ходом идет реформа контрактной системы (закупок с государственным участием), интеграция положений о закупках коммерческих юридических лиц в ФЗ-44 и ФЗ-223 лишь усложнит деловой оборот. Поэтому разработка отдельного модельного закона о коммерческих закупках представляется наиболее целесообразной. На наш взгляд, структура модельного закона должна состоять из следующих частей:

Глава 1. Общие положения

- Статья 1. Закупочные отношения
- Статья 2. Принципы закупочных правоотношений
- Статья 3. Предварительная квалификация участников торгов
- Статья 4. Порядок проведения торгов
- Статья 5. Определение лучшей ценности в торгах
- Статья 6. Внесение изменений в условия торгов
- Статья 7. Конфиденциальность
- Статья 8. Ответственность

Глава 2. Международные торги

- Статья 9. Понятия и определения
- Статья 10. Применение права страны организатора торгов к закупочным отношениям сторон, осложненным иностранным элементом
- Статья 11. Недобросовестная конкуренция и ограничение конкуренции при проведении международных торгов
- Статья 12. Право, применимое к закупочным отношениям с участием транснациональных корпораций и аффилированных лиц
- Статья 13. Порядок оспаривания результатов международных торгов

⁵ Закупки: комментарии к типовому закону // Отчет Генерального Секретаря ООН № A/CN.9/WG.V/ WP.25. ООН и международная торговля. 1990. № XXI.

Статья 14. Порядок и допустимость изменений условий тендерного договора при заключении рамочного договора и/или договоров аффилированных лиц

Статья 15. Ответственность транснациональных корпораций и третьих взаимозависимых лиц за нарушения при организации торгов, участии в них и/или контрактовании по итогам международных торгов

За основу разработки типового закона ЮНСИТРАЛ о коммерческих закупках следует взять Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках (2011), снабдив его более гибкими решениями для делового оборота и сделав акцент на регулировании закупочных отношений с участием ТНК.

Могут оказаться полезными правовые инструменты, рассматриваемые ЮНСИТРАЛ для регулирования закупочных отношений с участием публично-частных партнерств (public-private partnerships)⁶, т.к. проблемы, возникающие в регулировании закупочных отношений публично-частных партнерств, актуальны и для закупок с участием ТНК: множественность юрисдикций, определение ответственности

разных юридических лиц в рамках одной ТНК, нарушение конкуренции и иные злоупотребления при проведении международных тендеров. Особенно следует отметить момент перехода от тендерных отношений к договорным, т.к. это положение не закреплено в рекомендациях по регулированию публично-частных партнерств, однако обозначена проблема длительности срока заключения договора по итогам тендера, который может насчитывать несколько месяцев⁷.

Итак, приведенные нами рекомендации могут быть полезны как для участников российского делового оборота, так и для иностранных контрагентов, участвующих в закупочных тендерах, организуемых российскими юридическими лицами и/или СП, либо самостоятельно проводящих международные тендеры среди российских и зарубежных юридических лиц. Рекомендации автора также могут быть использованы для комплексного анализа и разработки нормативного регулирования деятельности ТНК в мире, т.к. мы рассмотрели вопросы в рамках закупочных отношений, а регулирование экономической деятельности ТНК в целом представляет, безусловно, более масштабную научную задачу и может стать предметом отдельного интересного исследования.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Андерсон С., Кавана Дж. Топ-200: взлет корпоративной власти // Институт политических учений. — 2000. — 4 декабря.
2. Блумберг Ф. Корпоративная ответственность в меняющуюся эпоху. — 1972.
3. Болкман С. Сравнение национальных законов о частно-публичных партнерствах и правовых инструментов ЮНСИТРАЛ // Краун Агентс № 104342D, март 2014.

Материал поступил в редакцию 1 июля 2015 г.

⁶ Либерти Мерсиан против Кадди Сивил Инжиниринг // Свод судебных решений Верховного Суда Уэльса, дело № 2688, 2013.

⁷ Типовые нормативные положения о частнофинансируемых инфраструктурных объектах. ЮНСИТРАЛ, 2004.

REGULATION OF PROCUREMENT IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

BARANNIKOVA Ekaterina Sergeevna — PhD candidate at the Department of Civil and Private International Law, MGIMO University, Head of the Purchase Department, Metro Cash&Carry [e.barannikova@yahoo.com]
119454, Russia, Moscow, Prospect Vernadskogo, 76

***Review.** Procurements with or without state participation are of single essence, but the first are regulated by civil law in most countries, while the latter lack such regulation. The regulation of procurement in Private International Law creates a particular scientific interest since the nature of business practices of transnational corporations has become increasingly complex; and international tenders organized by transnational corporations to meet the needs of its subsidiaries in different countries do not have relevant regulation. Thus, one of the challenges is to determine the law applicable to the parties in the international tender. For example, the order of seeking remedies is questionable when neither the actual executor under the contract, nor his other side acting through one of the divisions of TNC take a direct part in the international tender, which was organized by the "headquarters" of the TNC and following which the aforementioned contract was signed. This resulted in a dispute on violations of the conditions agreed in the tender.*

Meanwhile, in the course of an international tender abusive practices, including restricting free competition not only nationally, but also regionally, are possible to occur.

In the article, which is a part of the dissertation research, the author analyzes the key concepts of the topic and proposes recommendations to eliminate gaps in the Private International Law regarding the regulation of procurement with a foreign element.

The author's suggestions can be used to improve the existing Civil Law of the Russian Federation, further scientific studies within the framework of private international law, including a comprehensive analysis of the development and regulatory activities of TNCs in the world.

Keywords: procurements, procurement activities, international tender, TNC, affiliate, UNCITRAL, contract system

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Anderson S., Kavana Dzh.* Top-200: vzlet korporativnoj vlasti // Institut politicheskikh uchenij. — 2000. — 4 dekabrya.
2. *Blumberg F.* Korporativnaya otvetstvennost' v menyayushchuyusya ehpohe. — 1972.
3. *Bolkman S.* Sravnenie nacional'nyh zakonov o chastno-publichnyh partnerstvah i pravovyh instrumentov YUNSTRAL // Kraun Agents № 104342D, mart 2014.