

ВНЕЗАПНОСТЬ ИЛИ ПРОИЗВОЛ?

О НЕОБХОДИМОСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ВНЕПЛАНОВЫХ ВЫЕЗДНЫХ ПРОВЕРОК ФАС России

В настоящее время Федеральная антимонопольная служба (ФАС) России все чаще использует такой инструмент антимонопольного контроля, как внеплановые проверки.

Объектами проверок являются именно контрактные отношения компаний. Массовая выемка договоров для ФАС России стала нормой. Нарушения ищутся в каждом пункте договора. Так, пролонгирующийся с 2008 г. договор может смело попасть под санкции ФАС России из-за поправки, вступивших в силу в 2010 г. (так было с ретейлерами, когда в 2010 г. вступил в силу Закон «О торговле»).

ФАС России часто использует проверки без предупреждения по ст. 11 и 16 135-ФЗ, так называемые «рейды на рассвете». Данная норма регламентируется ч. 14 ст. 25.1 135-ФЗ. Однако, согласно 294-ФЗ, при проведении любой проверки органа исполнительной власти проверяемую организацию должны уведомить за 24 часа любым доступным способом. Эту коллизию, на наш взгляд, законодатель необходимо решить, закрыв все указанные выше «серые зоны» в ст. 10 294-ФЗ и в ст. 25.1 135-ФЗ.

Но гораздо более серьезной проблемой стало, по сути, санкционирование внезапных проверок,

Алексей УЛЬЯНОВ,
сопредседатель
Национального союза защиты
прав потребителей России,
директор по развитию
НП «НАИЗ», член рабочей
группы по развитию
конкуренции Экспертного
совета при Правительстве
Российской Федерации



Внеплановые проверки в ФАС России регламентируются двумя документами:

1. Приказом ФАС России от 25.05.2012 г. № 340 «Об утверждении административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ» (далее – Регламент)

2. Письмом от 26 декабря 2011 г. № ИА/48530 «О направлении методических рекомендаций по проведению ФАС России и ее территориальными органами плановых и внеплановых выездных проверок по контролю за соблюдением требований антимонопольного законодательства» (далее – Методика).

В части внеплановых проверок Методика делает отсылку к ст. 10 Федерального закона от 26.12.2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (далее – 294-ФЗ).

Однако в п. 3.2.2 ч. 3 Методики написано: «Согласование проведения внеплановой выездной проверки проверяемого лица с органами прокуратуры не требуется», что противоречит ч. 5 и ч. 8 ст. 10 294-ФЗ.

Кроме того, п. 3.7 Регламента содержит основание внеплановой проверки: «Обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства», которое не предусмотрено основным законом, регламентирующим проверки органов исполнительной власти, 294-ФЗ, но предусмотрено ст. 25.1 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – 135-ФЗ).

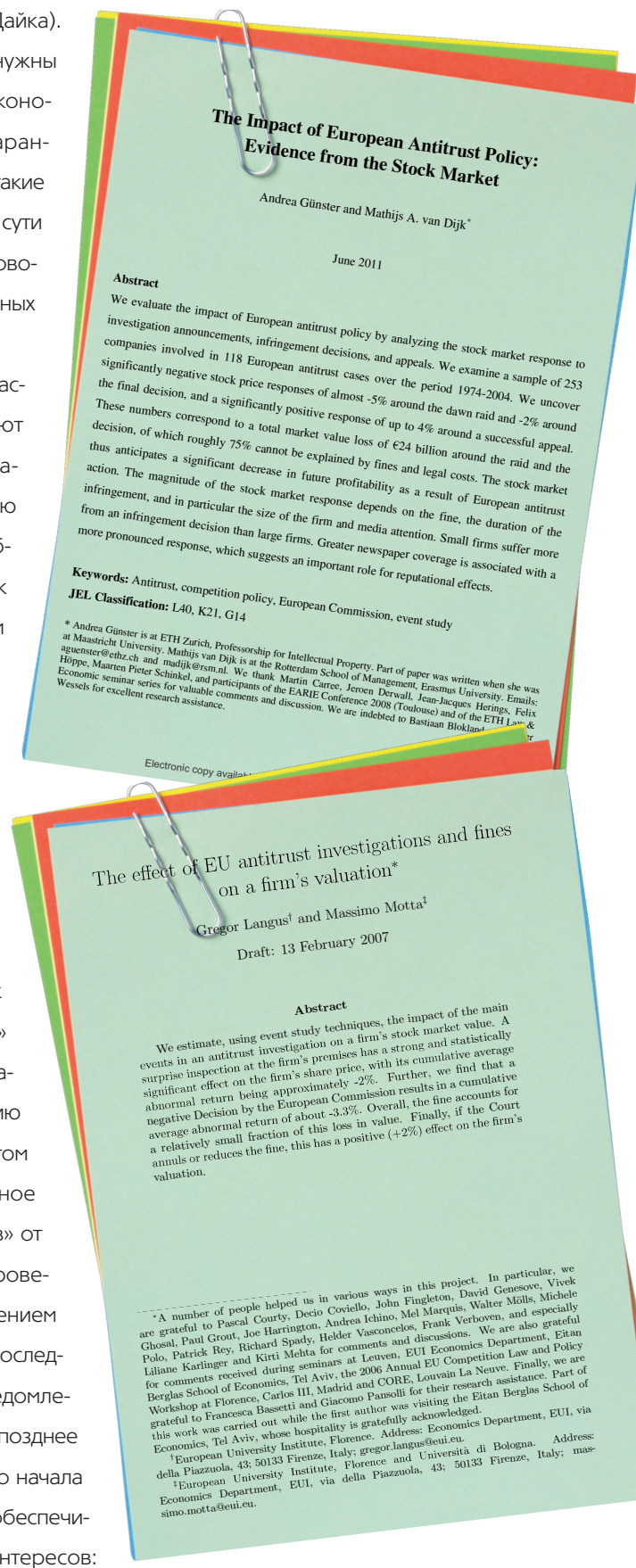
имеющих признаки оперативно-розыскной деятельности (обысков). Никакой спецификой антимонопольных дел нельзя объяснить, почему закон не требует для антимонопольных обысков, в отличие от обычных уголовных, санкции суда. Тем более что сведения, полученные в ходе некоторых из этих обысков, могут быть впоследствии использованы для уголовных дел на основе ст. 178 УК РФ.

17 июня 2014 г. Высший арбитражный суд (ВАС) РФ признал недействующей Методику (дело № ВАС-7907/2013). Тогда суд подтвердил, что данный документ, в котором закреплено право антимонопольного органа проводить «рейды на рассвете», расширяет полномочия ФАС и противоречит Конституции и Закону о защите конкуренции. Таким образом, в настоящее время перед ФАС России стоит задача разработки нового акта, регулирующего проведение «рейдов на рассвете».

Цель «рейдов на рассвете» – сюрприз, создание ситуации, исключаящей уничтожение доказательств нарушения. Вне зависимости от того, есть ли нарушение, речь идет о сюрпризе неприятном. Проведенные применительно к европейским публичным компаниям расчеты показывают, что «рейд на рассвете» приводит к снижению курса акций от 2% (работа Грегора Лангуса и Массимо Мотты) до 5% (работа Андреа Гюнстера и

Мэтайса ван Дайка). Вот почему нужны серьезные законодательные гарантии того, что такие «рейды», а по сути «обыски», не проводятся без должных оснований.

«Рейды на рассвете» вызывают сильную негативную реакцию делового сообщества, так как ведут к большим издержкам из-за нарушения распорядка дня (по сути, ФАС России парализует работу управленческого состава предприятия), к тому же «рейды» серьезно понижают капитализацию компаний. В этом состоит основное отличие «рейдов» от внеплановых проверок с уведомлением за 24 часа. В последнем случае уведомление делается не позднее чем за 24 часа до начала проверки, что обеспечивает баланс интересов:



проверяемые имеют возможность подготовиться и ход работы организации не нарушается слишком сильно, к тому же все заинтересованные лица компании будут на своих местах, что поможет ФАС России провести проверку без задержек.

Данную проблему могут решить изменения в 135-ФЗ, в частности, предлагаемые Минэкономразвития России. Ведомство разработало поправки в 135-ФЗ, призванные решить две наиболее острые проблемы российского антитабаста – это нарастающий вал антимонопольных дел против малого бизнеса и обеспечение прав юридических лиц при проведении внеплановых проверок. Первую проблему предлагается решить путем введения «иммунитетов» для малого бизнеса от антимонопольного преследования по части оснований ст. 10 и 11 135-ФЗ. Вторую – путем введения санкции прокурора на проведение внеплановой проверки субъекта малого предпринимательства.

Отметим, что предложения Минэкономразвития лишь отчасти снимут остроту проблемы. На наш взгляд, необходимы не частичные, а полные «иммунитеты» по ст. 10 и 11 135-ФЗ для малого бизнеса. Таким образом, внеплановые проверки этих компаний станут невозможными. Поэтому санкции прокурора на внеплановые проверки необходимо вводить для всех субъектов предпринимательской деятельности.



Найдено на страничке «За антимонопольную реформу» в facebook.com

Внезапность же можно обеспечить путем проведения проверки в течение суток после получения санкции прокурора и повышением уровня конфиденциальности внутри ФАС России. Ведь законодатель имел в виду определенные гарантии. Так как предусмотренные 135-ФЗ основания для возбуждения антимонопольного дела и для проведения внеплановой проверки совпадают, компании могут рассчитывать хотя бы на гарантии, которые даются участникам дела. Предположение о том, что возможна проверка без возбуждения дела, означает переверачивание обычной юридической логики с ног на голову: для вторжения на частную территорию, которое причиняет проверяемому существенный ущерб, требовалось бы меньше оснований, чем для обычной работы с документами.

Также с аналогичным предложением выступает «Деловая Россия», которая предлагает дополнить Дорожную карту «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» пунктом о том, что проведение внеплановых проверок ФАС России возможно только после возбуждения дела. Напомним, что ключевые нормативные акты, которыми ФАС России обосновывает свое право проводить подобные рейды, обжалуются в настоящее время в Высшем арбитражном суде РФ.

На практике выездная внеплановая проверка обычно проходит с существенными нарушениями. Учитывая высокую текучесть кадров и даже имея такие «свободные» инструменты как Регламент и Методика, ФАС России не редко допускает грубейшие нарушения с целями, основаниями проверки, да и просто упуская необходимые части процедур (например, стало обычным явлением, когда служба изымает все документы и только потом решив, что ей

нужно, а что вообще брать не имеет права, составляет опись).

Приведем наиболее яркие примеры из практики внеплановых проверок ФАС России за последние годы.

ЗАО «Аргус-Спектр» осуществляет производство и установку по заказу МЧС России уникальной противопожарной системы ПАК «Стрелец-Мониторинг», предназначенной для автоматизированного вызова сил федеральной противопожарной службы на социально-значимые объекты. Внедрение данной системы позволило добиться впечатляющих результатов: в период с 2009 по 2012 г. на социально-значимых объектах число погибших снизилось в 14 раз, а общее число пожаров – на 20%. То есть введение ПАК «Стрелец-Мониторинг» обеспечило своевременное прибытие пожарных и спасение жизни людей.

Но внедрение этой инновационной разработки сделало, по сути, ненужными договоры частных охранных предприятий, заключающих их на оказание посреднических услуг с учреждениями бюджетной сферы. И они обратились с жалобой в ФАС России.

В марте 2013 г. ФАС России начала внеплановую проверку ЗАО «Аргус-Спектр» на предмет соблюдения антимонопольного законодательства, которая продолжалась, по сути, 11 месяцев вместо положенного одного с возможностью продле-

ния до трех. ФАС России разместила на своем сайте релиз (http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35027.html), в котором сообщается, что выявлены некие признаки заключения этой организацией со своими дилерами запрещенных «вертикальных» соглашений. При этом основным аргументом ведомства является то, что ЗАО «Аргус-Спектр» поставляет продукцию в регионы не напрямую с завода, а через дилеров. Стоит ли говорить, что продажа продукции через дилеров не является нарушением законодательства.

Необходимо отметить, что установка ПАК «Стрелец-Мониторинг» не преследует экономических целей и осуществляется исключительно в целях защиты населения от чрезвычайных ситуаций и пожаров. Следовательно, действия МЧС не могут рассматриваться с точки зрения Закона о защите конкуренции, что подтверждается решением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда по делу № А56-54896/2012, указавшего также на незаконность деятельности фирм-посредников.

Таким образом, вмешательство ФАС России наносит ущерб национальной безопасности и приводит к негативным социально-экономическим последствиям. Возможно, если бы для этой внеплановой проверки требовалась санкция прокурора, сотрудники антимонопольной службы более основательно подошли бы к изучению как оснований для жалоб посредников, так и положительного эффекта от внедрения ПАК «Стрелец-Мониторинг».

Ситуация, с которой столкнулся «Аргус-Спектр», напоминает о низких стандартах доказательств в антимонопольных делах. Во многих случаях, когда ФАС России находила нарушения, собранных доказательств не хватало даже для «разумного подозрения» – стандарта, который применяется в США всего лишь для личного досмотра. В этой связи не удивительно, что при принятии решения о проведении проверки антимонопольная служба не считает необходимым дать ему обоснование хотя бы на уровне «разумного подозрения». Эта практика создает очевидные риски для законопослушных предпринимателей. Во многих случаях поводом для проверки является не обращение заявителей в ФАС России, а предположение сотрудников службы о наличии в действиях проверяемого хозяйствующего субъекта признаков ущемления конкуренции. При проведении проверок сотрудники ФАС России руководствуются неконкретизированными критериями, которые допускают широкое толкование. Предположение о наличии признаков в ходе проверки может не подтвердиться, в этом случае никаких обратных последствий для ФАС России нет, ограничений на новые проверки компании тоже не налагается (по примеру налоговых проверок раз в 3 года).

ства о производстве следственного действия, в то время как проверки ФАС России ничего, кроме письменной санкции собственного руководства, не требуют. Указанные проверки проводятся даже без возбуждения дела в антимонопольном органе. Это создает неоправданные риски для бизнеса. Потери бизнеса, связанные с затратами на обеспечение проведения проверки ФАС России, составляют по экспертным оценкам не менее 1,5 млрд. руб. в год.

Как видно из изложенного материала, проведение внеплановых проверок, в том числе «рейдов на рассвете», имеет целый комплекс проблем. Мы постарались обобщить решения:

1) Законодательно ввести необходимость возбуждения дела перед началом любой внеплановой проверки, путем внесения соответствующих изменений в ст. 39 135-ФЗ с целью устранить действующий порядок: «основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства» может являться, среди прочего, «результат проверки, при проведении которой выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства коммерческими организациями», из которого следует что проверка может являться основанием для возбуждения службой дела.

Данная мера предоставит гарантию проверяемому в том, что с

момента возбуждения дела он получает права, предусмотренные ст. 43 135-ФЗ (знакомится с материалами дела, делать выписки из них, представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, заявлять ходатайства, давать комиссии пояснения в письменной или устной форме, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, знакомиться с ходатайствами других лиц, участвующих в деле, возражать против их ходатайств и доводов). Это позволит понять бизнесу, в чем его подозревают, и реагировать на действия сотрудников ФАС России соответствующим образом.

2) Поддержать инициативу Минэкономразвития в части внесения изменений в 135-ФЗ, предусматривающих проведение проверок только с санкции прокуратуры, расширив ее на представителей всех предпринимательских слоев, а не только малого бизнеса.

3) Привести Регламент, Методику и 135-ФЗ в соответствие с нормами 294-ФЗ и решением ВАС РФ, ликвидировав исключения по согласованию внеплановых проверок ФАС России.

4) Дополнить Дорожную карту «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» новым подпунктом следующего содержания: «обеспечение прав юридических лиц при проведении внеплановых проверок антимонопольного органа».



РЕЙДЫ НА РАССВЕТЕ

Группа компаний ОАО «Галополимер» выступила с официальным заявлением (<http://www.halopolymer.ru/about/news/?hy=2013&hm=10&hp=2855>) о том, что основанием проверки явились электронные письма, отправленные с почтовых ящиков неустановленными лицами, проживающими по несуществующим в г. Москве адресам. Тем более что в данных письмах никоим образом не сообщалось о нарушениях на рынке каустика. Суд через компанию Рамблер установил, что электронные почтовые ящики были созданы в один и тот же день с интервалом в несколько минут с одного и того же IP-адреса за несколько минут до отправки электронных писем. Таким образом, мы приходим к выводу, что основанием для проведения проверки явились полностью фиктивные письма. Более того, указанный IP-адрес закреплен за Интернет-провайдером ФАС России, который расположен в том же здании что и антимонопольная служба и оказывал ей услуги по доступу в Интернет. Таким образом, можно предположить, что сотрудники антимонопольной службы сами сфабриковали материалы для проверки и, если суд это признает, в их

отношении может быть возбуждено дело по ст. 286 УК РФ «Превышение должностных полномочий».

В рамках внеплановой выездной проверки, проведенной в отношении ООО «Северный европейский трубный проект», были допущены многочисленные процессуальные ошибки со стороны работников ФАС России. В частности, не были составлены ни протокол, ни перечень документов, подлежащих выемке со стороны ведомства, в связи с чем дело пришлось закрыть.

Вновь возвращаясь к «делу» компании «Аргус-Спектр», хотелось бы дополнительно отметить, что оно очень хорошо иллюстрирует подмену понятий ФАС России при проведении проверок – служба имеет право специально искать признаки нарушений и с этой целью устраивать проверки (т.н. «фишинговые проверки», кстати, запрещенные большинством стран). Данные проверки проводятся именно в тех случаях, когда ФАС России не располагает реальными признаками нарушений со стороны компании, но рассчитывает их найти в ходе ее внезапной проверки. Материала для возбуждения дела против «Аргус-Спектр» не было, не возникло его и

в ходе первой проверки, и только спустя год служба смогла найти, за что зацепиться, и возбудить дело.

Пункт 5.5 Методики указывает, что служба проводит проверку с целью найти документы и материалы, необходимые для установления признаков нарушения антимонопольного законодательства, а пункт 3.8 Регламента № 340 гласит, что «предметом внеплановой проверки является соблюдение требований антимонопольного законодательства Российской Федерации проверяемым лицом при осуществлении им своей деятельности». В этой связи, по логике ФАС России, проверка проводится не для подтверждения данных конкретных нарушений, а на свободный поиск самих этих признаков, прикрытый необходимостью заниматься «предупреждением нарушений». Произошла подмена понятий: то, что обычно является основанием для возбуждения дела, стало самостоятельной целью – выявлением признаков нарушения.

ФАС России проводит несколько тысяч проверок ежегодно. По степени воздействия на бизнес внеплановые проверки антимонопольной службы не отличаются от проверок следственных органов. Повторюсь, что в соответствии с действующим законодательством проверки следственных органов требуют судебного разрешения с обязательным возбуждением перед судом ходатай-

ствия о производстве следственного действия, в то время как проверки ФАС России ничего, кроме письменной санкции собственного руководства, не требуют. Указанные проверки проводятся даже без возбуждения дела в антимонопольном органе.

РЕЙДЫ НА РАССВЕТЕ