**О необходимостиувеличенияразмеров ущерба и дохода вст.178 УК РФ «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции»**

## Общие риски практики уголовных дел экономической направленности

Для хозяйствующих субъектоввовлечение в уголовноесудопроизводствочреватозначительными разрушительными последствиями, так как помимо ограничений личных прав и свобод физических лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование,оказывается непосредственное влияние на предпринимательскую деятельность предприятия, которое может привести вплотьдо банкротства компании, потере деловой репутации, торговых связей и положения на рынке.Для предпринимателя даже кратковременное ограничение возможности передвижения или распоряжения активами может повлечь необратимые последствия в виде сбоя налаженных отношений с партнерами, невыполнения обязательств по сделке, возникновению серьезных штрафов и пеней и т. п.

Даже в случае прекращения уголовного преследования по реабилитирующим основаниям восстановить положение компании, существовавшее до момента необоснованного уголовного преследования удается редко, а чаще всего бизнес под определеннымбрендом/ «именем» приходится закрывать. Существующий в уголовном и гражданском судопроизводстве механизм реабилитации, восстанавливающий права и свободы лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, и возмещения причиненного ему вреда представляется сложным с точки зрения доказывания предпринимателем понесенных убытков и упущенной выгоды, в связи с чем не имеющим широкой практики применения.

Ошибки при осуществлении правосудия дорого обходятся как отдельной личности, так и обществу в целом. Нарушение справедливости в той сфере, где она должна быть реализована в первую очередь, негативно влияет на душевное состояние человека, порождает неуважение к закону и должностным лицам, серьезно бьет по общественным ценностям и престижу государства.Существующие риски злоупотребления полномочиями, компетенцией со стороны органов предварительного расследования нарушает баланс между правом правоохранительных осуществлять предварительное расследование и охраной предпринимателей от незаконного применения мер процессуального принуждения.

Преступления в сфере экономической деятельности относятся к категории выявляемых. Установление факта экономического преступления предполагает активные действия сотрудников правоохранительных органов по его выявлению. Но в том случае если активность правоохранительных органов мотивирована стремлением к получению незаконных доходов (коррупция), для хозяйствующих субъектов возникают серьезные риски. Фактически невозможно противостоять активности правоохранительных органов, которые нацелены на получение коррупционной ренты с предпринимателя, без риска получить непоправимый ущерб для бизнеса.

## Обоснование исходя из практики правоприменея ст.178 УК РФ

Необходимо обратить внимание, на то, каким образом органы предварительного расследования пользуются имеющейся у них дискрецией в отношении уголовного преследования предпринимателей. Вероятность того, что уголовное дело, возбужденное по общеуголовной статье, завершится рассмотрением в суде составляет80-90%. В части преступлений экономической направленности по Главе 22 УК РФ, где и находится ст. 178 УК РФ, этот показатель существенно ниже и составляет 10-15%. Получается, что более 85% уголовных дел возбужденных по главе 22 УК РФ не доходят до суда.

 Одновременно с быстрым ростом числа регистрируемых преступлений экономического характера в 2000-е гг. низкий коэффициент передачи уголовных дел между различными стадиями уголовного процесса указывает на то, что за этим явлением стоят интересы правоохранительных органов, связанные с внеслужебной мотивацией, то есть получением неформальных доходов. Дела по экономическим преступлениям возбуждаются, но в 40-60% не раскрываются; а если раскрываются, то в 60-80% не доходит до суда; если доходит до суда, то 20-30% из них разваливается.

Необходимо подчеркнуть, что представленная статистика основана на расчете всех предпринимательских преступлений, в то время как практика применения конкретной статьи и в частности ст. 178 УК РФ, может сопровождаться еще большим расхождением между делами которые были возбуждены, а соответственно правоохранители получили возможность применения мер процессуального принуждения и дел которые были переданы в суд. Общая статистика рассмотрения судами уголовных дел по ст. 178 УК РФ показывает, что такие дела чрезвычайно редки.

Таблица 4

Статистика лиц осужденных по ст. 178 УК РФ

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 2008 | 2009 | 2010 | 2012 |
| ч. 1 ст. 178 УК РФ | 0 | 1 | 0 | 0 |
| ч. 2 ст. 178 УК РФ | 0 | 0 | 0 | 5 |
| ч. 3 ст. 178 УК РФ | 4 | 1 | 1 | 0 |
| Итого: | 4 | 2 | 1 | 5 |

Вместе с этим необходимо учитывать, что реальная картина активности правоохранительных органов по этой статье значительно выше. Уязвимость предпринимателя перед мерами уголовного-процессуального принуждения слишком высока, чтобы он мог позволить доводить дело до судебного разбирательства. В этих условиях единственным системным решением проблемы является минимизация возможности произвольного использования ст. 178 УК РФ. Этого можно достичьв том числе за счет увеличения размеров крупного ущерба и дохода в крупном размере необходимых для привлечения к уголовной ответственности, а также введением в уголовно-процессуальное законодательство нормы о том, поводом для возбуждения уголовного дела могут быть исключительно материалы, поступившие от антимонопольного органа.

## Обоснование исходя из сложившейся в РФ практики расчета незаконного дохода и ущерба

Кроме того, повышение нижнего предела привлечения к уголовной ответственности за преступления по ст. 178 УК РФ целесообразно как реакция на устоявшуюся практику расчёта незаконного полученного дохода исходя выручки (оборота)предприятия. Правоохранительные органы не производят расчеты для различения дохода и реальных убытков. Из-за такой практики уголовному преследованию подвергаются лица, совершившие административное правонарушение.

Поскольку в рамках поправок к ст. 178 УК РФ не обсуждается (к сожалению) необходимость корректировки ошибочной практики правоохранительных органов(вопрос о расчете ущерба и дохода не находится в сфере уголовно-процессуального регулирования, и является экспертным знанием), необходимо установить такой размер пороговых значений, который исключил бы привлечение к ответственности субъектов малого и среднего предпринимательства.

Реальность уголовного преследования такова, что специалист, обладающий знаниями в области экономики привлекаетсяредко, по необходимости по усмотрению лица, производящего предварительное расследование. Поэтому единственной реальной возможностью изменить ситуацию является повышение нижнего предела ущерба. А поскольку согласно статье 4 Федерального закона Российской Федерации от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ"О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации" к малому относится компания с выручкой 400 миллионов рублей, необходимо установить размер незаконно полученного дохода и ущерба на уровне, соответствующем или близком к этому значению, то есть 250-300 или даже 400 миллионов рублей.

## Обоснование исходя из расчета бюджетных затрат на возбуждение дела

На основании Доклада об осуществлении государственного контроля (надзора) Федеральной антимонопольной службой в соответствующих сферах деятельности и об эффективности такого контроля (надзора) за 2013 год <http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30083.html> можно сделать вывод о том, что на 1 среднее антимонопольное дело ФАС тратит 89 958 руб., учитывая коэффициент сложности 2 установленный Методикой оценки результативности деятельности территориальных органов ФАС России (Приказ ФАС РФ от 21.06.2011 № 459) для картельных дел, стоимость 1 картельного дела для бюджета составляет 179 916 руб. Учитывая официальный рост инфляции в 2014 году 8,9% эта сумма составила 195 928 руб., а в 2015 г с официальным ростом инфляции 5,5% - **206 704** руб.

Эта оценка является чрезвычайно заниженной. В реальности картельное дело занимает больше времени и сил, чаще оспаривается в судах (соответственно, больше судебных издержек), чем «среднее антимонопольное дело. Более того, перед ФАС России стоит задача повышения качества экономического анализа, отказа от мелких дел, что неизбежно повлечет за собой рост расходов в расчете на 1 дело.

Если предположить, что расходы МВД России на 1 дело по ст. 178 аналогичны на самом деле значительно выше), а прямые расходы предпринимателей в 3 раза превышают расходы государственных органов (в реальности значительно выше), то совокупные общественные издержки на 1 картельные дело в среднем составят 1,65 млн. рублей. Если применить действующее в Великобритании правило (выгода- или предотвращенный ущерб должны превышать затраты в 8 раз- см. п .4 Обоснований), то получается, что ФАС России и МВД России не должны заниматься делами, если ущерб меньше **13,2 млн. рублей**.

## Обоснование исходя из международного опыта

Международный опыт свидетельствует о гибком подходе к картельным делам с применением исключений.

ТакФТС США ограничило, что именно является картельным нарушением, так в стратегии развития “FederalTradeCommissionStrategicPlanforFiscalyears 2009 to 2014» в статье 17 указано что размер рынка на котором совершено нарушение должен достигать 25 млрд. долл., выгода потребителя – 500 млн. (<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/strategic-plan/spfy09fy14.pdf>).

В ЕС уголовная ответственность за картельные соглашения не принимается принципиально. При этом Еврокомиссия в Директивах № 2004/C 101/07 и №2001/C 368/07 установила, что соглашения между компаниями-конкурентами (горизонтальные соглашения- картели) допустимы, если суммарная доля рынка участников составляет 10% или если оборот менее 40 млн евро. Для других соглашений (вертикальные, иные, координация) установлен порог в 15% на соответствующем рынке или если оборот менее 40 млн евро. Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:EN:PDF>) (Text with EEA relevance) // 27.4.2004 EN Official Journal of the European Union C 101/81 Параграф 52.

На уровне местного антимонопольного законодательства в более чем половине стран ЕС уголовная ответственностьотсутствует, у оставшихся стран запреты касаются лишь ценовых сговоров на торгах.

В Германии нет уголовной ответственности за картель, за исключением ценового сговора на торгах. Кроме того, под запрет не попадают все соглашения между малым и среднем бизнесом или если они способствуют улучшению производства или распределения товаров или способствуют техническому или экономическому прогрессу, позволяя при этом предоставлять выгоду для клиентов. <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2487/germany-cartels/>

В Италии в соответствии со статьей 1 (4) Закона о конкуренции правила конкуренции должны толковаться только в соответствии с принципами закона о конкуренции Европейского Сообщества т.е. полностью соответствую исключениям ЕС.Уголовное наказание предусмотрено только за спекуляции на цены и объемы сырья и основных продуктов питания (в соответствии со статьей 501-бис итальянского УК)и ценовой сговор на торгах. <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2496/italy-cartels/>

Даже во Франции, где действует персональная уголовная ответственность необходимо наличие сразу 3х элементов для возбуждения уголовного дела:

* Личное участие: Если обвиняемый является директором соответствующего предприятия это еще не является достаточным для целей уголовного преследования. Необходимо доказать егоактивную и личную роль в планировании и реализации картеля;
* Решающие участие: поведением обвиняемого должно быть доказана причинно-следственная связь в антиконкурентном поведении.
* Мошенническое участие: обвиняемый должен намеренно нарушить соответствующие правила конкуренции, которые должны быть сопряжены с нарушениями других преступных практик, таких как злоупотребление доверием, коррупции и т.д.

Кроме того, не подпадают под регулирование «микроантиконкурентные практики» – компании, оборот которых во Франции всех предприятий, связанных не превышает € 100 млн, а оборот каждой из во Франции не превышает € 50 млн.<http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2482/france-cartel-regulation/>

В Великобритании Министерство финансов установило, что у подпадающих под антимонопольное регулирование компаний соотношение затрат и выручки должно быть равным 1 к 8 (стр. 40)

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229257/0040.pdf>.

Кроме того, в Турции, где действует жесткое регулирование по антикартельным делам и формально нет никаких исключений, по данным GlobalCompetitionsReview«правоохранительные тенденции и предлагаемые изменения в законодательстве все больше внимание уделяют минимальной обороне и исключениям»<http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/210/chapters/2523/turkey-cartels/>

В Китае статья 15 антимонопольного законодательства КНР содержит перечень обстоятельств, при которых горизонтальные соглашения не подлежат регулированию:

<http://globalcompetitionreview.com/reviews/60/sections/206/chapters/2336/china-cartels/>

* совершенствование технологий, исследования и разработка новых продуктов;
* повышение качества продукции, снижение издержек, повышение эффективности, гармонизирующее спецификации и стандарты на продукцию, или раздел работы на основе специализации;
* повышение конкурентоспособности малых и средних предприятий;
* поддержка социальных и общественных интересов, таких как энергосбережение, охрана окружающей среды и ликвидация последствий стихийных бедствий;
* облегчениеспада продаж или сокращения производства избыточных мощностей в периоды экономического спада;
* защита законных интересов в области внешней торговли.