

Автономная некоммерческая организация
«Консультационно-аналитический центр
**«ИНСТИТУТ ПОВЫШЕНИЯ
КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТИ»**

Адрес: 123242, г. Москва, ул. Дружинниковская, д. 30, стр.1, пом. 109

Телефон: +7(495)771-15-42 Вебсайт: www.nationalinterest.ru E-mail:
info@nationalinterest.ru

№ ИПК-78/18 от 19.02.2018
На № _____ от _____

Аппарат Правительства
Российской Федерации
103274, Москва,
Краснопресненская наб., д.2

О законопроектах
ФАС России по
усилению борьбы с
картелями

Федеральная антимонопольная служба (ФАС России) во исполнение п. 1-а Поручения Президента Российской Федерации №1525-Пр от 05.08.2017 разработала проекты Федеральных законов «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – 135-ФЗ) и отдельные законодательные акты Российской Федерации (далее – Законопроекты). В настоящее время Законопроекты проходят межведомственное согласование.

Анализ Законопроектов показывает, что вместо повышения эффективности борьбы с картелями их принятие в представленной ФАС России редакции приведет к взрывному росту необоснованного уголовного преследования, коррупционным рискам, переделу собственности, давлению на малый и средний бизнес (МСП) и монополизации рынков.

Основные замечания к Законопроектам:

1. Изменение и формализация состава преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ позволит привлекать к уголовной ответственности без вины. Согласно действующей редакции ст. 178 УК, наказываются не сами факты совершения антиконкурентных действий, а их негативные последствия. Но Законопроектами предлагается наказание просто за заключение соглашения (картеля), безотносительно к тому, привели они к негативным социально-экономическим последствиям, или нет.

Указанная поправка противоречит общему понятию о преступлении. Согласно п. 1 ст. 14 УК РФ, преступлением может быть признано только деяние, обладающее признаком общественной опасности; нарушение же одной только «буквы» закона 135-ФЗ общественной опасности в себе не несет. Именно степень общественной опасности преступления является мерой, в соответствии с которой назначаются наказания за совершение преступлений (п. 1 ст. 15 УК РФ). Если деяние не несет в себе общественной опасности или эта общественная опасность не установлена (не доказана), то назначать наказание неправомерно. Но поправка открывает «ящик Пандоры» - ведь теперь чиновнику или следователю не надо будет тратить усилий на доказательство ограничения конкуренции, достаточно самого факта заключения соглашения, а под него можно будет в российских реалиях подвести любой договор.

Поправкой ФАС России неправомерно хочет избавить себя от необходимости доказывать факты недопущения, ограничения или устранения конкуренции, а с другой – получить в свои руки инструмент давления на бизнес. Теперь будет достаточно просто установить, что предприниматель «поговорил» с конкурентом о своих ценах, своей себестоимости или объемах производства продукции, чтобы отправиться за решетку.

Эта поправка по сути антиконституционна, ведь исходя из действующей редакции ст. 178 УК РФ объектом преступления является конкуренция - общественное благо, гарантируемое в ст. 8 Конституции РФ. Для наступления уголовной ответственности по указанной статье необходимо наступление общественно-опасных последствий в виде ограничения конкуренции, сопряженного с причинением материального ущерба или с извлечением дохода.

Деятельность ФАС России по борьбе с картелями в рамках административных процедур уже сейчас вызывает критику (до 90% дел возбуждается против МСП, ФАС часто называет картелями обычную и законную деловую практику, в результате 70% оспоренных решений отменяется судами), и трансляция же такого подхода в уголовном судопроизводстве приведет к катастрофическим последствиям, так как за каждым необоснованным уголовным делом последует сломанные человеческие жизни и судьбы.

2. Исключение возможности освобождения от уголовной ответственности лиц, впервые совершивших преступление, предусмотренное ч.1 ст. 178 УК РФ. Действующее уголовное законодательство идет на ряд уступок в отношении привлечения предпринимателей, впервые совершивших преступления небольшой тяжести в сфере экономической деятельности при условии возмещения ущерба и осуществления предусмотренных УК РФ, поэтому эта поправка является чрезмерно жесткой.

3. Введение дополнительного наказания в виде конфискации имущества Эта мера избыточна, ведь за картели уже предусмотрено максимально строгое наказание – оборотные штрафы до 15% от годового оборота компании нарушителя, которые могут повлечь последствия вплоть до банкротства предприятий.

4. Выделение в качестве отдельного субъекта преступления собственника бизнеса и акционеров. Это избыточно, так как действующая ч.2 ст.178 УК РФ предусматривает в качестве квалифицирующего признака совершенные преступления лицом, с использованием своего служебного положения, таким образом действующая редакция охватывает более широкий круг субъектов преступления.

5. Определение дохода как выручки, полученной всеми участниками ограничивающего конкуренцию соглашения. По сути, это способ уменьшить пороги привлечения к ответственности – если сейчас считается доход каждого участника, и самые мелкие картели под уголовную ответственность не попадают, то просуммировав небольшие выручки всех 5-10 участников, следователь или чиновник ФАС России легко получит подпадающую под преследование величину. Эта поправка сводит на нет двукратное увеличение порогов по доходу и ущербу, введенное в Законопроекты по поручению Первого заместителя Председателя Правительства И.И. Шувалова от 8.12.2017 №ИШ-П13-90пр.

6. Введение нового состава преступления - заключение ограничивающего конкуренцию соглашения при организации и проведении торгов, а также возможность распространения данного состава в отношении торгов, не являющихся обязательными. Другими словами, под уголовную ответственность теперь может попасть организатор «неправильных» (с точки зрения ФАС) торгов по закупке мебели для нужд малого предприятия.

7. Увеличение «силовых» полномочий ФАС России, могущих ограничить права граждан и субъектов предпринимательской деятельности:

- истребование персональных данных и данных об услугах связи (охраняемыми законодательством РФ и Конституцией РФ права граждан на тайну связи, переписки, телефонных переговоров);

- изъятие документов, предметов в ходе выездных проверок (может блокировать деятельность предприятия);

- передача правоохранительными органами результатов оперативно-розыскных мероприятий ФАС России.

Эти полномочия осуществляют правоохранительные и силовые органы, обладающие соответствующими навыками, кадрами и опытом, и ФАС России целесообразно усилить взаимодействие с ними, чем становится еще одним силовым ведомством.

8. Увеличение сроков давности по картельным делам до 5 лет и до 10 лет, что повлечет нестабильность участников гражданского оборота и существенно ухудшит инвестиционный климат.

При этом, текущее состояние борьбы с картелями крайне неудовлетворительное, и ответственность за это несет в первую очередь руководство ФАС России. Более 70% картельных решений, оспоренных в судах, признается судами незаконными полностью или частично¹². То есть обвинения ФАС в большинстве случаев носят незаконный характер. Очень часто суды характеризуют картельные решения ФАС России как «необоснованные», «построенные на надуманных основаниях», «бездоказательные» и т.д.

Согласно данным Счетной палаты только 16% наложенных штрафов уплачивается в бюджет³, и возникают обоснованные вопросы, куда делись остальные 84%. Зачастую ФАС России возбуждает дело о картеле небольших участников рынка прямо или косвенно в интересах более крупных игроков⁴. Экспертами целого ряда отраслей открыто заявлялось, что знаковые картельные дела ФАС России носят «заказной»^{5,6} характер. Коррупциогенность деятельности по борьбе с картелями повышается из-за отсутствия четкого законодательного определения понятия картель в ст. 4 135-ФЗ.

Если в 2011-2015 гг. эксперты отмечали, что доля картельных дел ФАС России против МСП доходила до 60%, то в 2016 г. она подскочила до 87%, а по сговорам на торгах – до 95%⁷⁸⁹, то есть налицо усиление необоснованного давления на малый бизнес, учитывая что «картель малого бизнеса» в экономической теории и практике развитых стран звучит как нонсенс. Преследование малого бизнеса под видом борьбы с картелями можно рассматривать как превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ).

При этом, немногочисленные крупные картельные дела их участники успешно оспаривают в судах (картель «Уголь Кузбасса» - отменен штраф на 2 млрд руб., «содовый картель» - отменен штраф на 1,6 млрд руб., картель на рынке ПВХ - отменен штраф на 600 млн руб., картель «норвежской рыбы» - оспорен штраф на 250 млн руб., и т.д.). Попустительство к крупным картелям и неудачные судебные

¹ http://www.arbitr.ru/upimg/AB8499C3FBF3A497A6CC06E1741318ED_passm_del_antimonopol.pdf

² <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2017/05/23/691015-malenkih-kartelei>

³ http://www.ach.gov.ru/press_center/news/21001

⁴ <http://nationalinterest.ru/news/apellyatsiya-ustanovila-chto-gromkoe-delo-fas-o-kartele-90-malyh-shvejnyh-fabrik-shito-belymi-nitkami/>

⁵ www.0-1.ru/?id=56424

⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=a72EzFNju58> – Комментарий депутата Госдумы Ивана Никитчука на т/к РБК-ТВ (10 мин.)

⁷ <https://www.kommersant.ru/doc/3275993>

⁸ <http://antitrusteconomist.ru/research/show/byulleten-antimonopolnoy-statistiki-2015>

⁹ <http://reformafas.ru/predlogeniya-po-reforme/antitrust-po-evropejski-kak-napravit-rossijskuyu-antimonopolnuyu-politiku-na-razvitie-konkurentsii/>

разбирательства по ним, зачастую напоминающие договорные матчи, можно рассматривать как признаки нарушения со стороны руководства ФАС России ст. 293 УК РФ (халатность).

Нельзя согласиться с позицией ФАС России о всеобщей картелизации российской экономики, и что они представляют наибольшую угрозу экономическому развитию страны. Даже в Докладе о развитии конкуренции, ежегодно представляемом ФАС России в Правительство РФ, главной угрозой названо усиление государственного вмешательства в экономику. Однако помимо заявлений, ФАС России не предлагает законодательных инициатив для решения этой проблемы. Не уделяется внимания рынкам, где наибольшие риски неправомерных действий чиновников с аффилированным бизнесом: согласно данным ФАС России¹⁰ за период с 01.07.2013 по 30.06.2014 размер наложенных штрафов по картелям на строительном рынке составил всего 87 млн. руб.¹¹

«Антикартельная» деятельность ФАС России зачастую вызывает вопросы с точки зрения угроз интересам национальной безопасности. В США 90% антимонопольных дел возбуждаются против иностранных компаний, в РФ – менее 1%, то есть антимонопольные органы США защищают национальный бизнес от иностранной конкуренции, ФАС России «стреляет по своим». Дело по картелю вьетнамской рыбы¹² совпало по времени с углублением стратегического сотрудничества с этой страной, антикартельная внезапная проверка китайской компании Lenovo была проведена в день визита В.В. Путина в КНР¹³. Эти действия могли нанести ущерб отношениям России с восточными странами.

Позиция ФАС России, что картели в развитых странах приравниваются к мошенничеству и запрещены сами по себе (*per se*) не соответствует действительности. На самом деле в ЕС и большинстве стран континентального права уголовная ответственность за картели отсутствует. Развитые страны (директивы в ЕС, судебные решения в США) не преследуют картели МСП или компаний с небольшой долей рынка, учитывают социально-экономические обстоятельства, в т.ч. выгоды для потребителей. То есть картели не являются нарушениями сами по себе (*per se*), наоборот, антимонопольные органы проводят тщательный анализ обстоятельств конкретного дела. И конечно, никому в голову не придет назвать мошенниками или преследовать организаторов международного картеля ОПЕК.

На встрече с Президентом РФ В.В. Путиным руководитель ФАС России И.Ю. Артемьев сообщил, что в США разрешены картели на внешних рынках¹⁴, по сути впервые признав, что картели не являются

¹⁰<http://reformafas.ru/wp-content/uploads/2016/02/Doklad-FAS.pdf> (стр. 3)

¹¹ Эквивалент стоимости одной 4х комнатной квартиры в престижном районе столицы.

¹² <http://fishnews.ru/news/21269>

¹³ https://www.rbc.ru/technology_and_media/17/11/2016/582da0059a794774c03f8962

¹⁴ <http://www.kremlin.ru/events/president/news/56386>

нарушениями сами по себе (per se). Однако подготовленные его ведомством Законопроекты противоречат мировому опыту и доложенной Президенту позиции.

Таким образом, представляется целесообразным:

1. Отправить Законопроекты на доработку с учетом замечаний, высказанных в пп. 1-8 настоящего письма.

2. В ст. 178 УК РФ повысить пороги дохода в крупном и особо крупном размере в 5 раз, ущерба в крупном и особо крупном размере – в 10 раз.

3. Ввести иммунитеты для малого бизнеса и допустимость соглашений компаний с небольшой (суммарно до 20%) долей рынка для всех видов соглашений, за исключением сговора на торгах.

4. В статье 4 135-ФЗ дать четкое определение картеля.

5. Поручить ФАС России разработать четкие и подробные стандарты доказывания картельных дел, предусмотрев проведение анализа рынка и обязательный расчет ущерба, прекратив практику возбуждения дел в отсутствие последнего, или если ущерб не превышает бюджетных расходов на рассмотрение антимонопольного дела, включая судебные издержки.

6. В статье 14.32 КоАП РФ повысить размер ответственности для должностных лиц. Скорректировать приоритеты ФАС России с выявления классических картелей на пресечения сговоров чиновников с хозяйствующими субъектами (нарушения ст. 16 135-ФЗ). Поручить ФАС России повысить вес дел по ст. 16 135-ФЗ в оценке территориальных органов ФАС России.

7. Скорректировать приоритеты ФАС России в части выявления нарушений на рынки, где присутствуют крупные иностранные компании.

8. Усилить взаимодействие ФАС России с МВД России, ФСБ России, Генеральной прокуратурой и Следственным комитетом в части выявления картелей.

9. Во исполнение Поручения Президента РФ №1525-Пр от 05.08.2017 повысить размер штрафов по ч. 1 ст. 178 УК РФ. Рассмотреть возможность введения штрафов в размере 2-3 кратного ущерба от картеля и возможность отмены наказания в виде лишения свободы по ч. 1 ст. 178 УК РФ.

Директор, к.э.н.



А.С. Ульянов