

ГРНТИ: 10.23.43, 10.77.35
УДК: 340.1, 343.3/7
ВАК: 12.00.08 (1.10)

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Проблемы расследования преступлений, предусмотренных статьей 178 «Ограничение конкуренции» Уголовного кодекса Российской Федерации

Е. Н. Савина,
А. А. Митрошкина,
Юридическая фирма ART DE LEX,
г. Москва

Аннотация

Статья содержит в себе анализ проблем возбуждения и рассмотрения уголовных дел на основании ст. 178 УК РФ по признакам заключения картельных соглашений. Авторами выявлена необходимость внесения ряда поправок в ст. 178 УК РФ, а также необходимость выработки единых методик по расчету размера ущерба и дохода, полученных в результате заключения картельного соглашения.

Ключевые слова: картель, ограничение конкуренции, уголовная ответственность, административная ответственность, ущерб, причиненный заключением картеля, доход, полученный в результате заключения картеля.

Problems of investigation crimes envisaged Article 178 "Restriction of competition" of the Criminal code of the Russian Federation

E. N. Savina,
A. A. Mitroshkina,
ART DE LEX Law Firm,
Moscow

Annotation

The article contains an analysis of the problems of initiation and consideration of criminal cases on the basis of Art. 178 of the Criminal Code on the grounds of the conclusion of cartel agreements. The authors have identified the need to introduce a number of amendments in Art. 178 of the Criminal Code, as well as the need to develop common methods for calculating the amount of damage and income received as a result of the conclusion of the cartel agreement.

Keywords: cartel, restriction of competition, criminal liability, administrative liability, damage caused by the conclusion of the cartel, income derived from the conclusion of the cartel.

Ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами картельного соглашения рассматривается российским законодателем в зависимости от характера и тяжести последствий такого соглашения в качестве административного правонарушения или уголовного преступления [1]. Настоящая статья посвящена анализу некоторых проблем отдельных стадий досудебного расследования по уголовным делам о преступлении, предусмотренном ст. 178 «Ограничение конкуренции» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ).

В соответствии со ст. 178 УК РФ уголовной ответственности подлежат лица, виновные в ограничении конкуренции *путем заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации*, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере (ч. 1). Таким образом, запрет, установленный ч. 1 ст. 178 УК РФ, является бланкетной нормой, для выявления полного содержания которой необходимо обращение к антимонопольному законодательству. В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) досудебное расследование по делам о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, отнесено к компетенции следователей органов внутренних дел Российской Федерации.

Несмотря на то, что УПК РФ не предусматривает в качестве специального повода для возбуждения уголовного дела (ст. 140 УПК РФ) о рассматриваемом виде преступления установление антимонопольным органом факта заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), принятие решения о возбуждении уголовного дела осуществляется следователем, как правило, после принятия антимонопольным органом соответствующего решения.

В целях повышения эффективности борьбы с картелями между ФАС России и МВД России [2], ФАС России и Следственным комитетом Российской Федерации [3] заключены соответствующие соглашения, функционируют соответствующие межведомственные рабочие группы, созданные в том числе для обмена информацией, позволяющей решать вопросы возбуждения антимонопольных и уголовных дел, а также взаимопомощи в ходе сбора доказательств.

В случае установления факта заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля)

ФАС России выносит соответствующее решение, а также разрешает вопрос о направлении материалов уполномоченному правоохранительному органу. Так, решением по делу № 1-11-7/00-22-17 от 18 июля 2017 г. ФАС России признала ООО «Автодорстрой», ООО «Проектно-строительная компания «Волга» и ООО «СтройМонтажКомплект» нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» [4] (далее — Закон о защите конкуренции). Поскольку при рассмотрении указанного дела ФАС России в действиях ответчиков были выявлены признаки преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, решение и иные материалы по данному делу были направлены уполномоченному правоохранительному органу для рассмотрения вопроса о возбуждении уголовного дела по признакам соответствующего состава преступления.

Тем не менее, несмотря на активное взаимодействие заинтересованных органов власти, приговоры по ст. 178 УК РФ остаются редким явлением. Так, ретроспективный анализ показывает, что в 2011 г. по ст. 178 УК РФ было возбуждено 13 уголовных дел, только 4 из которых были переданы на рассмотрение в суд. В 2012 г. возбуждено 4 уголовных дела, из которых лишь 1 было направлено в суд. В 2013 г. в МВД России были переданы сведения по 56 делам о соответствующих нарушениях антимонопольного законодательства, по результатам рассмотрения которых было возбуждено всего 9 уголовных дел по признакам преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ [5]. Первый приговор по ст. 178 УК РФ был вынесен судом в 2014 г. по итогам рассмотрения материалов, переданных Новгородским управлением ФАС России, в отношении учредителя и директора ООО «Новомост-53» Вячеслава Самойлова. Ситуация в 2015—2017 гг. не сильно отличается от предшествующих годов.

Причины столь небольшого числа возбужденных и завершенных приговорами судов дел о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ, могут быть различными. Например, речь может идти о недостаточной эффективности взаимодействия правоохранительных органов и ФАС России, об отсутствии или недостатке следователей и оперативных сотрудников, специализирующихся на картельных делах, сложности в получении и фиксации доказательств.

Однако одной из основных причин, по мнению авторов, является *невозможность* установления всех признаков состава преступления, а именно наличия необходимых для квалификации деяния в качестве преступления последствий.

Состав преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, является *материальным*, в связи с чем для привлечения к уголовной ответственности

необходимо установить факт наступления негативных последствий заключения и реализации антиконкурентного соглашения в виде:

1) причинения крупного ущерба гражданам, организациям и (или) государству в размере, превышающем 10 млн руб.,¹ либо

2) извлечения дохода в крупном размере — дохода, превышающего 50 млн руб.²

Квалифицированные составы преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, также являются материальными и требуют наличия помимо любого из указанных выше последствий иного квалифицирующего признака из числа названных в ч. 2 или ч. 3 той же статьи, либо в случае п. «в» ч. 2 ст. 178 УК РФ — наступления последствия в виде причинения особо крупного ущерба (более 30 млн руб.) или извлечения дохода в особо крупном размере (более 250 млн руб.).

Вместе с тем действующим законодательством РФ не предусмотрен единый порядок установления и расчета размера ущерба, причиненного в результате заключения картеля, а также размера дохода, извлеченного в результате заключения картеля, что не позволяет в ряде случаев привлечь лиц, виновных в заключении картеля, к ответственности. На сегодня пока не сложилась стабильная правоприменительная практика по данному вопросу.

Подходы к исчислению размера ущерба, причиненного картелем

Ущерб — это имущественный и (или) неимущественный вред, причиненный противоправными действиями или бездействием третьих лиц [6]³. Применительно к картельным соглашениям ущерб — это, в первую очередь, имущественный вред, выраженный в потере денежных средств, в результате необоснованного повышения, понижения или поддержания цены, основанием для которого стало соглашение двух и более лиц.

В настоящее время в законодательстве отсутствуют четкие подходы и методики определения размера ущерба, что создает сложности в правоприменительной практике. Фактически, в связи с отсутствием методик или хотя бы сформировавшихся в практике подходов к расчету размера ущерба по ст. 178 УК РФ,

установить факт причинения крупного или особо крупного ущерба не удастся.

И если размер ущерба от картельных соглашений, заключенных вне торгов, можно рассчитать по аналогии с применяемым антимонопольным органом подходом при вынесении предписаний о перечислении дохода в бюджет, то установить размер ущерба от картельного соглашения, заключенного и реализованного *на торгах*, практически невозможно.

При расчете размера ущерба необходимо установить цену, по которой была бы осуществлена закупка при отсутствии картельного соглашения между ее участниками, то есть *«справедливую цену»*, которая могла быть применима в аналогичных условиях с учетом особенностей деятельности хозяйствующего субъекта-конкурента. Разница между ценой, образовавшейся в результате картельного сговора, и «справедливой ценой» и может считаться ущербом.

Вместе с тем, как можно определить «справедливую цену» на торгах? Торги направлены на получение максимально выгодного предложения, в том числе ценового, в связи с чем ориентироваться на максимально низкую цену *едва ли возможно*.

Сформированные в рамках рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства подходы и средства доказывания картельных сговоров также не могут в полной мере быть применимы к расчету причиненного заключением и реализацией соглашения ущерба. Так, на практике в последние годы активно используются методы математического, экономического и эконометрического анализа, которые позволяют на основе данных об участии, в том числе поведении, хозяйствующих субъектов в иных аналогичных закупочных процедурах установить и обосновать факты сговора, направленного на повышение, снижение или поддержание цены на торгах. Однако, по мнению авторов, данные подходы не позволяют достоверно и объективно установить размер ценового предложения конкретного хозяйствующего субъекта на конкретных торгах при отсутствии картельного сговора. Обусловлено это тем, что экономическое обоснование подаваемых в рамках торговых процедур ценовых предложений зависит от большого числа факторов (курс валюты, наличие поставляемого товара на складе, достижение договоренностей с поставщиками, наличие логистики и многое другое), в связи с чем найти полностью сопоставимые условия в иных закупках с участием такого хозяйствующего субъекта представляется невозможным.

Таким образом, невозможность расчета размера ущерба от запрещенного антимонопольным законодательством соглашения делает, по нашему мнению, невозможной и квалификацию деяния лица и после-

¹ Пункт 1 примечаний к ст. 178 УК РФ. — *Прим. ред.*

² Под доходом в данном случае понимается доход, полученный хозяйствующим субъектом, участвующим в картельном соглашении, а не лицом, непосредственно привлекаемым к уголовной ответственности. — *Прим. авт.*

³ В научной литературе можно встретить и иную точку зрения по данному вопросу.

дующее его привлечение к ответственности по ст. 178 УК РФ в связи с отсутствием состава преступления. Следовательно, возможность привлечения к ответственности за сговор на торгах, повлекший причинение ущерба в крупном размере, сомнительна.

Подходы к исчислению размера дохода, извлеченного в результате картельного соглашения

Подходы к исчислению размера дохода, извлеченного в результате участия в картельном соглашении, также законодательно не закреплены. Однако в отличие от расчета размера ущерба для расчета размера доходов в правоприменительной практике сформировалось несколько подходов.

Подход 1. Доход исчисляется исходя из выручки от реализации товаров (работ, услуг) без вычета произведенных расходов.

В соответствии с п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» (в редакции Постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 23.12.2010 № 31, от 07.07.2015 № 32) под доходом следует понимать выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов.

Антиконкурентная деятельность картеля, направленная против добросовестной конкуренции, запрещена законодательством РФ и, по мнению ФАС России [7], является по своей сути видом незаконной предпринимательской деятельности, в связи с чем применение указанной выше правовой позиции ВС РФ по делам о незаконном предпринимательстве к преступлению, предусмотренному ст. 178 УК РФ, является допустимым. Под доходом в такой ситуации следует понимать выручку от реализации товаров (работ, услуг) в рамках антиконкурентного соглашения за период его существования без вычета произведенных лицом расходов.

При этом в соответствии с п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 при исчислении размера дохода, полученного организованной группой лиц⁴, следует исходить из общей

⁴ Согласно ч. 3 ст. 35 УК РФ преступление признается совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений.

суммы дохода, извлеченного всеми ее участниками. Таким образом, оценке подлежит размер общего дохода всех участников картельного соглашения, полученный в результате победы на торгах и заключения контракта.

До принятия указанного постановления Пленума применялся подход, изложенный в решениях Верховного Суда РФ, разъясняющих понятие квалифицирующего признака, предусмотренного ч. 1 ст. 171 УК РФ, — извлечение дохода в крупном размере — как выгоду, полученную от незаконной предпринимательской деятельности, за вычетом расходов, связанных с ее осуществлением [8]. Подход Верховного Суда РФ к определению дохода применительно к незаконному предпринимательству создавал условия для уклонения недобросовестных предпринимателей от установленной уголовным законодательством ответственности, принимая во внимание фактическое отсутствие в большинстве случаев незаконного предпринимательства достоверной финансовой отчетности.

Таким образом, понимание дохода от незаконного предпринимательства как выручки без вычета расходов обоснована спецификой конкретного деяния — незаконностью самой предпринимательской деятельности и, соответственно, всего дохода, полученного от ее осуществления, и не должна быть распространена на другие преступления.

Подход 2. Доход определяется как доход юридического лица, полученный им от неправомερных действий (бездействия), за вычетом производственных расходов.

Существует также иной подход к определению размера дохода, сформулированный в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016 (далее — *Обзор*).

В соответствии с таким подходом осуществление предпринимательской деятельности по торговле с нарушением положений ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции не может быть квалифицировано как незаконное предпринимательство. В связи с чем не должна признаваться доходом вся выручка, полученная от осуществления законной предпринимательской деятельности. Заключение и участие в реализации картельного соглашения влечет извлечение хозяйствующим субъектом прибыли в повышенном размере (сверхприбыли). Доходом в таком случае будет разница между обычной прибылью компании и выручкой, полученной благодаря совершению запрещенных антимонопольным законодательством действий.

Так, согласно Обзору Президиума Верховного Суда РФ, под доходом, подлежащим взысканию в федеральный бюджет с лица, чьи действия (бездействие) признаны недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, следует понимать доход, полученный от таких противоправных действий (бездействия). По мнению суда, в контексте указанного положения перечислению в федеральный бюджет подлежит доход общества, полученный им от неправомерных действий (бездействия), а не вся полученная от реализации такой продукции выручка.

Исходя из приведенного легального определения и толкования дохода, под доходом хозяйствующего субъекта, извлеченным в результате совершенного нарушения антимонопольного законодательства, следует понимать сумму в виде разницы между фактической выручкой, которую получил хозяйствующий субъект путем нарушения антимонопольного законодательства, и выручкой, которую данный хозяйствующий субъект получил бы при его соблюдении.

Авторы статьи отмечают, что данный подход применяется антимонопольным органом для целей расчета дохода при выдаче предписаний о перечислении незаконно полученного дохода в бюджет по делам о злоупотреблении доминирующим положением. По мнению авторов настоящей статьи, данный подход можно применять также и в делах по ст. 178 УК РФ. Деятельность хозяйствующих субъектов (участников торгов) сама по себе не является незаконным предпринимательством, а доход является незаконным только в той части, которая превышает доход, полученный без участия в картеле, в связи с чем, по мнению авторов настоящей статьи, использование указанного подхода является вполне обоснованным.

Однако при этом перед правоприменителем в отсутствие закрепленного на законодательном уровне порядка расчета «справедливой цены» снова встает описанная выше проблема: каким образом следует рассчитывать размер дохода, который мог быть получен участником торгов при отсутствии картеля.

Таким образом, в случае применения второго подхода суд должен установить факт того, что разница между доходом, полученным в результате заключения картельного соглашения, и доходом, полученным в отсутствие такового, составляет более 250 млн руб.

В целях повышения эффективности расследования по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ (включая стадию возбуждения уголовного дела), авторы считают необходимым законодательно закрепить единые и понятные подходы к расчету размера ущерба и дохода, а также внести изменения в действующую редакцию нормы, закрепляющую основания наступления уголовной ответственности

за заключение и реализацию запрещенных антимонопольным законодательством соглашений. По мнению авторов, необходимо изменить структуру ст. 178 УК РФ и внести в нее иные изменения, изложив ее следующим образом:

«Статья 178. Ограничение конкуренции

1. Ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), *признанного в установленном законом порядке нарушением антимонопольного законодательства РФ (за исключением соглашения, направленного на повышение, снижение или поддержание цен на торгах)*, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере,

...

1¹. Ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), признанного в установленном законом порядке нарушением антимонопольного законодательства РФ, если это деяние повлекло повышение, снижение или поддержание цен на торгах.

...

2. *Деяния, предусмотренные частью 1 настоящей статьи:*

а) совершенные лицом с использованием своего служебного положения;

б) сопряженные с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства;

в) причинившие особо крупный ущерб либо повлекшие извлечение дохода в особо крупном размере,

...

2¹. Деяния, предусмотренные частью 1¹ настоящей статьи:

а) совершенные лицом с использованием своего служебного положения;

б) сопряженные с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства;

...

3. Те же деяния, совершенные с применением насилия или с угрозой его применения.

...».

По мнению авторов, законодательное закрепление единых и понятных методик расчета размера ущерба, причиненного данным преступлением, и размера дохода, полученного в результате совершения данного

преступления, а также внесение предлагаемых изменений в ст. 178 УК РФ способны повысить эффективность расследования по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ. ■

Литература

1. Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики. Монография. Отв. ред. С. В. Максимов, С. А. Пузыревский. М.: НОРМА — ИНФРА-М, 2016. 144 с.
2. Приказ МВД России № 878, ФАС России № 215 от 30.12.2004 «Об утверждении Положения о порядке взаимодействия Министерства внутренних дел Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службы» // <http://www.consultant.ru>. Дата обращения: 25.01.2018.
3. Соглашение о взаимодействии Следственного комитета Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службы от 3 октября 2012 г. <http://old2.fas.gov.ru/documents>. Дата обращения: 25.01.2018.
4. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.
5. Картели и иные антиконкурентные соглашения. Проблемы предупреждения, пресечения и ответственности. Сборник научных трудов и тезисов / Под общ. ред. И. Ю. Артемьева и А. Г. Лисицына-Светланова. М.: Филиал УМЦ ФАС России, 2017. С. 366—367.
6. Денисова А. В. Общественно опасные последствия преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ «Ограничение конкуренции» // Российский следователь. 2016. № 13.
7. Решение ФАС России от 05.08.2016 по делу № 1-00-177/00-22-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/22-80255-16>. Дата обращения: 26.01.2018.
8. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 25.11.1998 // Ведомости Верховного Суда РФ № 7; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 1999 г. (по уголовным делам) «Вопросы общей части УК РФ и квалификации преступлений» (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 05.04.2000) // Ведомости Верховного Суда РФ. 2000. № 7.
9. Писенко К. А. Административная ответственность за нарушения антимонопольного законодательства // Конкурентное право. 2013. № 4.

Сведения об авторах

Савина Елизавета Николаевна: адвокат, юрист антимонопольной практики Юридической фирмы ART DE LEX, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация:

Адрес: 101000, Россия, Москва, Покровский бульвар, д. 4/17, стр. 1, офис 26

Тел.: +7 (916) 456-37-07

E-mail: E.Savina@artdelex.ru

Митрошкина Анна Андреевна: адвокат, юрист антимонопольной практики Юридической фирмы ART DE LEX

Контактная информация:

Адрес: 101000, Россия, Москва, Покровский бульвар, д. 4/17, стр. 1, офис 26

Тел.: +7 (916) 456-37-07

E-mail: A.Mitroshkina@artdelex.ru