

Преступления в сфере конкуренции



Евгений СУСЛОВ,

старший юрист международной юридической компании HoganLovells (CIS)

Смещение акцентов антимонопольного контроля в качественную плоскость и особое внимание к картельным соглашениям могут побудить бизнес-сообщество к более детальному анализу вопросов уголовной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Из многочисленных интервью главы ФАС России Игоря Артемьева становятся понятны основные задачи службы на 2011 г. – борьба с картелями и злоупотреблением доминирующим положением. Нельзя не признать, что такая деятельность велась и до сих пор, однако новеллой этого года должно стать более активное использование норм уголовного права для пресечения антиконкурентных действий.

Надо отметить, что ст. 178 Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ), криминализирующая ряд антиконкурентных деяний, существовала в арсенале правоохранительных органов и ФАС России и ранее, однако достаточно справедливые нарекания в ее конструкции делали практическое применение затруднительным.

Второй антимонопольный пакет¹, исправляя выявленное несовершенство уголовного закона, по логике законодателя должен был открыть дорогу более активному применению ст. 178 УК РФ для контроля за состоянием конкуренции в России. Несмотря на короткий период, прошедший с момента последних изменений, третий антимонопольный пакет предполагает внесение очередных изменений в ст. 178 УК РФ.

Настоящая статья делает попытку посмотреть на нормы ст. 178 УК РФ в перспективе ее практического применения к практикам ведения бизнеса между частными компаниями, без вовлечения государственных органов, через понятийный аппарат Закона о защите конкуренции, а также на ряд возникающих дискуссионных вопросов.

К сожалению, отсутствие какой-либо устоявшейся практики не дает возможности опереться на подходы судов и правоохранительных органов к применению закона в существующей редакции.

¹ Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ.

Три группы преступлений

Как следует из названия, ст. 178 УК РФ призвана установить уголовную ответственность за недопущение, ограничение или устранение конкуренции. Однако уголовная ответственность может наступить только за совершение строго определенных ч. 1 статьи действий.

Можно выделить три основные группы деяний, особенности совершения которых рассмотрены далее:

- 1) осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий;
- 2) заключение ограничивающих конкуренцию соглашений; и
- 3) неоднократное злоупотребление доминирующим положением.

Интересно отметить, что уголовный закон, в отличие от Кодекса об административных правонарушениях РФ (далее – КоАП РФ), не указывает такой самостоятельный вид деяния, как недопустимая координация экономической деятельности, хотя последствия такой деятельности, например эффект «горизонтального картеля», могут иметь не меньший эффект, чем сами запрещенные картельные соглашения.

Для признания указанных выше деяний преступлением обязательно также наступление одного из следующих последствий:

- 1) в отношении третьих лиц (граждан, организаций или государства) – причинение ущерба на сумму свыше 1 млн руб.; либо
- 2) в отношении компании-нарушителя – извлечение дохода на сумму свыше 5 млн руб.

Нетрудно заметить, что процедура доказывания размера полученного компанией дохода значительно проще, чем доказательство ущерба третьим лицам, круг которых во многих случаях затруднительно определить.

При наступлении наиболее раннего из указанных выше обстоятельств преступление считается оконченным, что делает добровольный отказ от него и исключение уголовной ответственности в этой связи невозможным².

Согласованные действия

Понятие согласованных действий дано в ст. 8 Закона о защите конкуренции как удовлетворяющее одновременно следующим условиям:

- 1) каждый субъект заинтересован в результате таких действий, только если действия субъектов заранее известны каждому из них. Исходя из судебной практики для доказывания такой известности не требуется документальных доказательств, и этот факт может быть установлен, в частности, на основании относительно единообразного и синхронного поведения при отсутствии на то объективных причин; и
- 2) действия каждого субъекта вызваны действиями иных субъектов и не зависят от объективных обстоятельств, существующих на рынке.

Несмотря на то что Высший Арбитражный Суд РФ не так давно подчеркнул допустимость опровержения согласованности действий наличием объективных причин собственного поведения компании и (или) отсутствия обусловленности поведения действиями иных лиц³, проблема практического разграничения преступных согласованных и ненаказуемых параллельных действий остается чрезвычайно актуальной.

При такой сложности в разграничении преступного поведения от правомерного уголовная ответственность представляется чрезмерным видом юридической ответственности.

Необходимо отметить, что третий антимонопольный пакет предполагает исключить согласованные действия из числа уголовно наказуемых. Такое исключение в соответствии со ст. 10 УК РФ будет иметь обратную силу, т.е. распространяться на согласованные действия, совершенные до декриминализации.

Ограничивающие конкуренцию соглашения

В терминах Закона о защите конкуренции к ограничивающим конкуренцию соглашениям могут относиться:

² Часть 2 ст. 31 УК РФ.

³ Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 октября 2010 г. № 52.

- 1) запрещенные «горизонтальные» соглашения, предусмотренные ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции;
- 2) запрещенные «вертикальные» соглашения, предусмотренные ч. 1.2 ст. 11 Закона о защите конкуренции; и
- 3) иные соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции, предусмотренные ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Как видно, под запрет попадают практически любые категории соглашений, хотя и в разном объеме, если такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

В этой связи с практической точки зрения представляется важным понять, какие соглашения и при каких условиях не попадают под действие уголовного закона.

К числу таких соглашений можно отнести:

- 1) разрешенные ст. 12 Закона о защите конкуренции (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями):
 - договоры коммерческой концессии; и
 - «вертикальные» соглашения между компаниями, доля каждой из которых на любом товарном рынке не превышает 20%;
- 2) соглашения, подпадающие под действие общих исключений, установленных Правительством РФ и предусмотренных ч. 2 ст. 13 Закона о защите конкуренции; а также
- 3) соглашения, в отношении которых стороны могут доказать, что они могут быть признаны допустимыми в соответствии с ч. 1 ст. 13, т.е. при соблюдении следующих условий:
 - соглашением не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке;
 - соглашением не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей такого соглашения; и результатом такого соглашения является или может являться:
 - ◊ совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического прогресса, или повышение конкурентоспособности товаров россий-

ского производства на мировом товарном рынке; и

- ◊ покупатели получают преимущества (выгоды), соразмерные преимуществам (выгодам), полученным компаниями в результате соглашения.

При этом в отношении применения исключения, предусмотренного ч. 1 ст. 13, для компании возможны два варианта:

- 1) обратиться в ФАС России за проверкой соглашения на соответствие требованиям антимонопольного законодательства согласно ст. 35 Закона о конкуренции; либо
- 2) представить свои доводы при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в дальнейшем.

Очевидно, что последний вариант, особенно в свете возможной уголовной ответственности, может быть достаточно рискованной стратегией.

Однако и первый вариант обладает рядом недостатков, основным из которых является затягивание сроков переговоров в связи с рассмотрением вопроса в ФАС России.

Необходимо отметить европейский опыт в этом отношении. Действовавший ранее Регламент (Regulation) 17/62 предусматривал возможность сторон будущего соглашения обратиться в Еврокомиссию за индивидуальным исключением в отношении применения ст. 101(3)⁴ Соглашения о функционировании Европейского Союза.

Такой порядок хотя и давал определенные гарантии сторонам, тем не менее вызывал большие нарекания в связи с неопределенностью рассмотрения и задержками. С расширением Европейского Союза данная процедура была исключена с принятием Регламента (Regulation) (EC) 1/2003.

Несмотря на это, Еврокомиссия выпустила ряд документов хотя и не имеющих обязательной силы, но отражающих аналитический подход к анализу соглашений⁵, который предоставляет хорошую поддержку компаниям в отношении самостоятельной оценки соглашений.

⁴ В текущей нумерации.

⁵ В частности, the guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreement 2011/C 11/01.

Российским аналогом такого подхода было бы обобщение и опубликование ФАС России практики по оценке допустимости соглашений наряду с уже опубликованной ранее общей схемой⁶ и рядом других разъясняющих документов.

Возможно, эту задачу значительно облегчит принятие третьего антимонопольного пакета, выводящего из-под уголовной ответственности «вертикальные» соглашения и оставляющего в составе преступления только ограничивающие конкуренцию соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами. Как и в случае с декриминализацией согласованных действий, закон, устраняющий уголовную ответственность, будет также иметь обратную силу.

В целом такой подход обоснован и позволит сосредоточиться в уголовном преследовании на действительно опасных для конкуренции картельных соглашениях, нежели на более широком круге вопросов, имеющих меньшее значение.

Злоупотребление доминирующим положением

Сразу необходимо отметить, что не всякий вид злоупотребления доминирующим положением является уголовно наказуемым. Часть 1 ст. 178 УК РФ в качестве преступных выделяет лишь те деяния, которые выразились в:

- 1) установлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, что соотносится с подп. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции;
- 2) необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, что в целом соотносится с подп. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции;
- 3) ограничении доступа на рынок, что в целом соотносится с подп. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, хотя и не охватывает создание препятствий к выходу из товарного рынка.

Прочие виды злоупотребления доминирующим положением, в частности подп. 2–4, 6–8 и 10 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, специально уголовным законом не выделены и сами по себе не могут повлечь уголовную ответственность. Необходимо

Практическую помощь бизнесу могли бы оказать более детальные разъяснения ФАС России по вопросам оценки допустимости соглашения и более активное использование процедуры получения индивидуальных исключений.

отметить, что такой подход может вызвать некоторые затруднения в квалификации преступления, например, создание дискриминационных условий (уголовно ненаказуемо) может само по себе быть направлено на образование препятствий к доступу на товарный рынок (является преступлением).

С учетом складывающейся судебной практики⁷ есть также риск применения уголовной ответственности к каждому из лиц, образующих коллективное доминирование, за собственные действия.

При этом для возникновения уголовной ответственности за указанные выше деяния необходима административная преюдиция, т.е. факт привлечения лица к административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением более двух раз в течение трех лет.

Учитывая, что административная преюдиция является новеллой для современного Уголовного кодекса, необходимо отметить несколько нюансов, связанных с ее возможным применением:

- 1) с учетом складывающейся судебной практики⁸ квалифицирующая административная ответственность может наступить как за индивидуальное доминирование, так и за коллективное (ст. 14.31, 14.31.1 КоАП РФ);
- 2) квалифицирующая административная ответственность может наступать за все виды злоупотребления доминирующим положением, а не только за предусмотренные ч. 1 ст. 178 УК РФ. Например, лицо может быть трижды привлечено за нарушения порядка цено-

⁷ Постановление Президиума ВАС от 25 мая 2010 г. № 16678/09.

⁸ Там же.

⁶ http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30288.html

образования (подп. 10 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции), а потом привлечено к уголовной ответственности за последующее установление монопольно высокой цены (подп. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции);

- 3) к административной ответственности должно быть привлечено именно должностное лицо, факт привлечения юридического лица к административной ответственности не имеет значения; и
- 4) к административной ответственности должно быть привлечено то же самое лицо, которое привлекается к уголовной ответственности. Факт более раннего привлечения других лиц, например предшественников по данной должности, не имеет значения.

С учетом необходимости создания административной преюдиции есть основания полагать, что практика по этой категории дел не появится в течение ближайшего времени.

Освобождение от уголовной ответственности

Часть 3 ст. 178 УК РФ дает возможность лицу, совершившему преступление, освободиться от уголовной ответственности, если такое лицо:

- 1) способствовало раскрытию этого преступления;
- 2) в отношении третьих лиц альтернативно:
 - возместило причиненный ущерб гражданам, организациям или государству, либо
 - перечислило в федеральный бюджет доход, полученный в результате преступных действий;

и при этом

- 3) в его действиях не содержится иного состава преступления (например, ст. 167 УК РФ для квалификации преступления по ч. 2 ст. 178 УК РФ; или ст. 119 УК РФ для квалификации преступления по ч. 3 ст. 178 УК РФ).

Первый критерий является оценочным и должен быть исследован и решен судом, следователем с согласия руководителя следственного органа либо дознавателем с согласия прокурора⁹.

В отношении возмещения ущерба необходимо отметить, что перечисление в бюджет полученного дохода является практически более предпочтительным с точки зрения обвиняемого лица, поскольку ущерб, причиненный третьим лицам, равно как и круг таких лиц, зачастую трудно установить с какой-либо точностью, что может привести к невозможности освобождения от уголовной ответственности даже в случае уплаты всем таким изначально выявленным лицам.

Необходимо обратить внимание на несколько практических аспектов освобождения от уголовной ответственности по ч. 3 ст. 178 УК РФ:

- 1) от уголовной ответственности могут быть освобождены все участники преступного сговора или поведения, например все члены картеля, если только каждый из них в отдельности выполнит все вышеперечисленные условия. В отличие от этого от административной ответственности за заключение недопустимого соглашения может быть освобождено только первое обратившееся лицо (примеч. 1 к ст. 14.32 КоАП РФ);
- 2) освобождение от уголовной ответственности может быть неоднократным, т.е. от уголовной ответственности может быть освобождено лицо, ранее уже освобожденное от уголовной ответственности или осужденное за совершение данного преступления.

Выводы

В качестве заключения хотелось бы отметить, что текущая редакция ст. 178 УК РФ имеет хорошие шансы стать мощным инструментом в борьбе с нарушениями в сфере конкуренции. Более того, третий антимонопольный пакет, значительно сужая сферу применения уголовного закона, будет стимулировать ФАС России вместе с правоохранительными органами концентрироваться только на наиболее опасных практиках антиконкурентных действий.

Практическую помощь бизнесу могли бы оказать в дополнение к уже имеющимся, более детальные разъяснения ФАС России по вопросам оценки допустимости соглашения и более активное использование процедуры получения индивидуальных исключений.

⁹ Статья 28 УПК РФ.