

Программы смягчения ответственности за картельные соглашения

Практика России, Великобритании и Европейского Союза



Евгений СУСЛОВ,

старший юрист международной
юридической компании
Hogan Lovells (CIS)

Программы смягчения ответственности представляют собой дорогу с двусторонним движением: для антимонопольного ведомства это весьма ценный канал информации, помогающий выявлять и пресекать картели, для бизнеса – цивилизованный выход из затруднительной ситуации.

О различных видах картелей и их пагубном влиянии на экономику уже немало сказано. Криминализация этих явлений и высокие административные санкции являются наилучшим подтверждением серьезности намерений антимонопольных ведомств преследовать и искоренять их проявление.

Расследование картельного сговора и привлечение виновных к ответственности являются весьма сложными и длительными процедурами, требующими высокой квалификации специалистов антимонопольного ведомства и сотрудников силовых служб. Для бизнеса, несмотря на обвинение в получении суперприбылей, репутационные и экономические последствия от участия в картелях, включая суммы наложенных штрафов и ответственность перед третьими лицами, являются также весьма значительными.

На стыке этих, казалось бы, непримиримых противоречий лежат программы смягчения ответственности, позволяющие установить определенный публично-правовой баланс между тяжестью и неотвратимостью наказания и эффективностью работы по предотвращению картелей в масштабах государства.

Действительно, для антимонопольного ведомства и стороны обвинения программы смягчения ответственности являются одним из наиболее важных источников информации от непосредственного участника картельного соглашения, дающих возможность полностью понять и оценить объем и продолжительность картеля, а также степень вовлечения каждого из участников.

Для компании это наиболее рациональный способ выйти из затруднительного положения и вернуться в рамки ведения нормальной деятельности, а для ее должностных лиц – практически единственная возможность избежать наказания.

Целью настоящей статьи является попытка сравнить программы освобождения от ответственности в законодательстве Российской Федерации, Европейского Союза и Великобритании. (Упрощенные производства по делам о картелях (*settlement procedures*) в рамках настоящей статьи рассматриваться не будут.)

С практической точки зрения имеет смысл в первую очередь исследовать законодательство Европейского Союза, затем национальное законодательство Великобритании и завершить сравнение анализом существующих механизмов в законодательстве Российской Федерации.

Такой подход позволит наиболее полно выявить общие подходы к решению вопроса о смягчении ответственности за картельный сговор, а также выявить отдельные механизмы, которые могли бы быть перенесены в российское законодательство.

Европейский Союз

Законодательство Европейского Союза наделяет Еврокомиссию полномочиями налагать на предприятия штрафы в размере до 10% от выручки группы по всему миру¹ за участие в картельных соглашениях². При этом под предприятиями понимается довольно широкий круг субъектов, включая некоммерческие организации³, а сама норма о запрете картельных соглашений в практике Европейского Суда⁴ имеет экстерриториальный эффект, распространяющийся в том числе на компании, зарегистрированные вне Европейской Экономической Зоны⁵.

¹ Article 23(2)(a) of the Council Regulation (EC) No 1/2003 (the Regulation 1/2003).

² Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

³ *Hofner & Else v. Macroton GmbH*. (Case C-41/90)[1991] ECR. I-1979) и *Distribution of Package Tours During the 1990 World Cup Decision* 92/521 [1992] OJ L 326/31.

⁴ *Wood Pulp I* (1998); *Videotape* (2007) and *Marine Hose* (2009).

⁵ The European Economic Area.

Необходимо отметить, что законодательство Европейского Союза не устанавливает уголовной ответственности для должностных лиц компаний, вовлеченных в картельную деятельность, и сами штрафы не должны рассматриваться в виде уголовной ответственности⁶.

Принятая Еврокомиссией программа смягчения ответственности⁷ разделяет полное освобождение от штрафа (иммунитет) и уменьшение его размера в зависимости от очередности поданных заявлений и ряда других условий.

Полное освобождение от ответственности

Полное освобождение от ответственности возможно **только для первого заявителя** при выполнении следующих условий:

- a) в отношении ценности представленных доказательств:
 - (i) если они позволяют Еврокомиссии провести внезапную инспекцию (*dawn raid*)⁸. Это условие не выполняется, если к моменту обращения у Еврокомиссии имеются достаточные доказательства для принятия решения о проведении инспекции в связи с указанным картелем или такая инспекция уже проведена⁹; или
 - (ii) если они позволяют Еврокомиссии обнаружить картельное соглашение, нарушающее ст. 101 TFEU¹⁰. Это условие выполняется только в том случае, когда у Еврокомиссии не имелось достаточных доказательств картельного соглашения и к моменту обращения условный иммунитет не был дан компании, предоставившей информацию, позволяющую провести внезапную инспекцию¹¹; и при этом:
- b) в отношении содействия в расследовании – не осуществлять уничтожение, фальсификацию или сокрытие документов при принятии решения об обращении за освобождением от ответственно-

⁶ В частности, Article 23(5) of the Regulation 1/2003.

⁷ The 2006 Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (the 2006 Notice).

⁸ Point 8(a) of the 2006 Notice.

⁹ Point 10 of the 2006 Notice.

¹⁰ Point 8(b) of the 2006 Notice.

¹¹ Point 11 of the 2006 Notice.

сти и осуществлять дальнейшее содействие в течение всей процедуры¹²;

- с) в отношении самого картеля – прекратить участие в картельной деятельности немедленно, за исключением случаев, когда продолжение картельного поведения по мнению Еврокомиссии разумно необходимо для целей неожиданного эффекта последующей инспекции¹³; и при этом
- d) в отношении создания картеля – не быть его инициатором¹⁴.

Из вышесказанного следует, что правила накладываю достаточно жесткие условия на первого заявителя, претендующего на полное освобождение от ответственности. Подача заявления сама по себе предполагает раскрытие значительной информации в отношении деятельности картеля, включая имя заявителя и других участников, сведения о продуктах и географии сговора. При этом очевидно, что для всех участников картеля, за исключением инициатора, время имеет решающее значение.

Процессуальные нормы предоставляют заявителю ряд возможностей, в том числе направленных на сохранение его приоритета в очереди, и в ряде случаев сохранение анонимности заявителя до момента полного раскрытия информации¹⁵.

В этой связи заявитель имеет несколько вариантов подачи заявления:

- a) заявление о получении маркера, позволяющее заявителю «застолбить» свое место в очереди¹⁶ с последующим раскрытием информации в назначенные сроки; либо
- b) формальное заявление об освобождении от ответственности:
 - (i) с раскрытием полной информации, включая имя заявителя¹⁷; или
 - (ii) на гипотетических условиях с сохранением анонимности заявителя на данном этапе¹⁸.

В случае если становится очевидным, что полное освобождение от ответственности невозможно либо заявитель не предоставил информацию, позволяющую провести внезапную инспекцию или раскрыть картель, Еврокомиссия письменно информирует об этом заявителя¹⁹. В этом случае заявитель имеет право отозвать свое заявление или просить Еврокомиссию о частичном снижении штрафа.

Частичное снижение штрафа

Когда полное освобождение от ответственности по каким-либо причинам невозможно, заявитель все еще может претендовать на значительное снижение штрафа, если:

- a) принесет значительную пользу (*significant added value*) в расследовании;
- b) немедленно прекратит участие в картельной деятельности; и
- c) окажет содействие в расследовании, как было рассмотрено для первого заявителя выше.

Снижение штрафа в отношении последующих заявителей может осуществляться в следующих пределах:

- a) 30–50% – для второго заявителя;
- b) 20–30% – для третьего; и
- c) 0–20% – для всех последующих.

Несмотря на то что сама программа смягчения Европейского Союза представляет собой так называемое мягкое право, т.е., строго говоря, не является обязательной, а Еврокомиссия имеет широкую дискрецию в оценке обстоятельств и принятии решений, европейская программа смягчения ответственности представляется достаточно структурированной и востребованной на практике.

Великобритания

Великобритания является членом Европейского Союза с 1973 г. и ее национальное антимонопольное законодательство сформировалось во многом под влиянием европейского права. Именно о национальном законодательстве Великобритании, за исключением Шотландии, пойдет речь в дальнейшем.

¹² Point 12(a) of the 2006 Notice.

¹³ Point 12(c) и 12(b) of the 2006 Notice соответственно.

¹⁴ Point 13 of the 2006 Notice.

¹⁵ Chapter B of the 2006 Notice.

¹⁶ Point 15 of the 2006 Notice.

¹⁷ Point 16(a) of the 2006 Notice.

¹⁸ Point 16(b) of the 2006 Notice.

¹⁹ Point 20 of the 2006 Notice.

Двумя ключевыми актами о конкуренции являются Закон о конкуренции 1998 г.²⁰, который устанавливает запрет на картельные соглашения, и Закон о предприятиях 2002 г.²¹, учреждающий в том числе национальное антимонопольное ведомство – Управление добросовестной конкуренции (*the Office of Fair Trading, OFT*).

Закон о дисквалификации директоров компании 1986 г.²² предусматривает также возможность дисквалификации директоров компании, вовлеченной в картельную деятельность вопреки Закону о конкуренции 1998 г. и (или) ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза.

Закон о конкуренции 1998 г. устанавливает право OFT наложить на компанию штраф в размере до 10% от выручки компании по всему миру²³ за участие в картельном соглашении.

Закон о предприятиях 2002 г. вводит уголовную ответственность для физических лиц за участие в картельных соглашениях²⁴. Компетенцию расследовать уголовные дела данной категории OFT делит с Управлением по борьбе с серьезным мошенничеством (*The Serious Fraud Office*).

Таким образом, национальное законодательство Великобритании устанавливает схожие с европейскими нормы в отношении штрафов для компаний и вводит уголовную ответственность физических лиц за участие в картельных сговорах.

Как и законодательство Европейского Союза, законодательство Великобритании позволяет получить полное или частичное освобождение от ответственности, однако значительно отличается в деталях и процедуре применения. Кроме того, процедуры освобождения компаний от административной ответственности и физических лиц от уголовной ответственности тесно взаимосвязаны.

Полное освобождение от ответственности

Полное освобождение от ответственности может быть дано OFT в двух случаях:

- 1) компания получает освобождение от административной ответственности и физические лица от уголовной автоматически (Освобождение Типа А); или
- 2) то же самое по усмотрению OFT (Освобождение Типа В).

Автоматическое Освобождение Типа А возможно **только для первого заявителя** при следующих обстоятельствах:

- a) представление заявителем в OFT имеющейся информации, документов и доказательство по картельному сговору, в отношении которого не ведется расследование или OFT не имеет достаточной информации, чтобы установить наличие картеля;
- b) полная кооперация на протяжении всего расследования;
- c) отказ от участия в картеле с момента раскрытия информации о картеле; и при условии, что:
- d) заявитель не является инициатором картеля.

При этом физические лица (сотрудники, директора), сотрудничающие с OFT в расследовании картельной деятельности, получают также автоматический иммунитет (*no-action letter*) в отношении уголовного преследования за картельное преступление.

Процедура заявления об Освобождении Типа А позволяет заявителю через своего юриста выяснить возможность такого освобождения на анонимной основе. Если такое освобождение возможно, юрист может раскрыть личность клиента и получить таким образом маркер (приоритет) в подаче заявления.

Если возможность получить такое освобождение отсутствует, юрист не обязан раскрывать личность клиента и может прекратить переговоры или проконсультироваться в отношении других возможных вариантов.

Если расследование картельного соглашения уже ведется в соответствии с Законом о конкуренции 1998 г. или Законом о предприятиях 2002 г., но обвинения в картельном сговоре (*statement of objections*) сторонам еще не предъявлены, полное освобождение от ответственности все еще возможно **для первого заявителя** по усмотрению OFT при наличии тех же обстоятельств, что и в пунктах a) – d) выше. При этом иммунитет от уголовной ответственности физическим лицам, содействующим в раскрытии картельной деятельности, также дается по усмотрению OFT.

²⁰ The Competition Act 1998.

²¹ The Enterprise Act 2002.

²² The Company Directors Disqualification Act 1986.

²³ Section 36(8) of the Competition Act 1998.

²⁴ Section 188 of the Enterprise Act 2002.

Частичное снижение штрафа

Частичное снижение штрафа возможно в двух случаях до предъявления формальных обвинений в картельном сговоре:

- а) когда ОФТ пришел в выводу о том, что (полное) Освобождение Типа В не соответствует публичным интересам (Уменьшение Типа В). Хотя формально такое уменьшение может достигать 100%, на практике оно будет значительно меньше; и
- б) на последующих заявителей – в размере до 50% от размера штрафа (Уменьшение Типа С).

В данных случаях бланкетное освобождение физических лиц от уголовной ответственности невозможно, однако у ОФТ есть полномочия давать освобождений на индивидуальной основе.

Российская Федерация

КоАП РФ вводит ответственность за картельные соглашения для компаний в виде оборотных штрафов и для должностных лиц в виде штрафов или дисквалификации.

Кроме того, в определенных случаях участие в картельных соглашениях может повлечь для физических лиц наступление не административной, а уголовной ответственности в соответствии со ст. 178 УК РФ.

В отличие от Великобритании, где административным и уголовным преследованием картелей занимается одно и то же ведомство – ОФТ, в Российской Федерации эти функции поделены между ФАС России – в отношении административных правонарушений и МВД России (Департамент экономической безопасности) – в отношении преступлений.

Освобождение от административной ответственности

В соответствии с ч. 1 примечания к ст. 14.32 КоАП РФ полное освобождение возможно **только для первого лица**, обратившегося в ФАС России с заявлением при выполнении следующих условий:

- а) на момент обращения ФАС России не располагала соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении. При этом судебная практика несколько

расширяет буквальное толкование данного условия, делая возможным его выполнение при обращении до момента оглашения решения комиссии ФАС России, которой установлен факт нарушения конкуренции²⁵;

- б) заявитель отказался от участия или дальнейшего участия в картельном соглашении; и
- с) представленные сведения и документы являются достаточными для установления факта административного правонарушения.

При этом ч. 2 указанного выше примечания делает невозможным совместную подачу заявления о полном освобождении от ответственности несколькими заявителями одновременно. В качестве комментария можно отметить, что до 22 августа 2009 г.²⁶ освобождение было возможно для нескольких заявителей, одновременно обратившихся с заявлением об освобождении от ответственности. На практике такая норма вызывала еще один «сговор» между участниками картеля в отношении признания своей деятельности.

Для иных лиц, вовлеченных в картель и не заявивших об участии первыми, все еще существует возможность уменьшить размер штрафа, полагаясь на разд. II методических рекомендаций ФАС России по расчету штрафов²⁷ в следующем порядке:

- а) 40% от размера базового штрафа²⁸ – если лицо, признанное нарушившим антимонопольное законодательство, выполнило предписание ФАС до окончания производства по делу об административном правонарушении;
- б) 20% от размера базового штрафа – если, несмотря на заключение картельного соглашения, поведение лица свидетельствует, что оно не исполняет его и его поведение можно квалифицировать как самостоятельное и конкурентное;
- с) 10% от размера базового штрафа – если лицо не является инициатором картельного соглашения

²⁵ Пункт 10.3 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30.

²⁶ Федеральный закон от 11 июля 2009 г. № 160-ФЗ.

²⁷ Письмо ФАС России от 11 декабря 2009 г. № ИА/44519.

²⁸ Размер базового штрафа рассчитывается как одна пятнадцатая максимального штрафа за данное правонарушение умноженное на повышающие коэффициенты тяжести правонарушения и его продолжительности (п. 4 письма ФАС России от 11 декабря 2009 г. № ИА/44519.).

либо получило обязательное для него указание участвовать в нем.

Исходя из текста письма, указанные величины могут быть просуммированы и освобождение от наказания может составлять более 40% от величины базового штрафа.

Необходимо отметить, что данная программа частичного уменьшения штрафа носит характер методических рекомендаций ФАС России своим территориальным подразделениям для целей единообразного формирования практики, официально не опубликована и не является формально-обязательной для применения.

Освобождение от уголовной ответственности

Освобождение от уголовной ответственности физического лица имеет свои собственные требования и никак не связано с освобождением или смягчением административной ответственности юридического лица, как описано выше.

Освобождение от уголовной ответственности возможно для каждого участника картеля при выполнении совокупности следующих условий:

- a) участник картеля способствовал раскрытию данного преступления;
- b) в отношении ущерба третьим лицам или незаконного дохода участник картеля альтернативно:
 - (i) возместил причиненный ущерб гражданам, организациям или государству, либо
 - (ii) перечислил в федеральный бюджет доход, полученный в результате преступных действий; и
- c) в его действиях не содержится иного состава преступления.

Основания освобождения от уголовной ответственности достаточно полно урегулированы уголовным и уголовно-процессуальным законодательством²⁹.

В том случае, если по каким-либо причинам обвиняемому не удастся выполнить все требования для освобождения от уголовной ответственности, теоретически существует возможность для заключения

досудебного соглашения о сотрудничестве с прокурором после возбуждения уголовного дела³⁰.

В случае выполнения всех условий досудебного соглашения о сотрудничестве, явки с повинной, активного способствования раскрытию и расследованию преступления, изобличения других участников преступления, розыска имущества и при отсутствии отягчающих обстоятельств **размер наказания не может превышать половины максимального срока или размера** наиболее строгого вида наказания за соответствующее картельное преступление³¹.

Выводы

В качестве выводов в первую очередь необходимо подчеркнуть общие характеристики всех рассмотренных программ смягчения ответственности:

- a) в части административной ответственности все программы (ЕС, Великобритании и России) значительно дифференцируют положение первого заявителя, освобождающегося от ответственности, и всех последующих, претендующих лишь на снижение размера санкции;
- b) условия полного освобождения от административной ответственности во всех программах в значительной мере схожи, хотя в отличие от ЕС и Великобритании в России инициатор картеля может претендовать на полное освобождение, если подаст заявление первым;
- c) в отношении смягчения ответственности все программы позволяют регуляторам проявить достаточно широкую дискрецию, рамки которой индикативно указаны в виде размера снижения штрафов.

Необходимо также отметить и ряд принципиальных различий между программой смягчения ответственности в России и ее аналогами в ЕС и Великобритании:

- a) российская программа позволяет получить полное освобождение инициатору картельного соглашения, в то время как программы ЕС и Великобритании не предоставляют такой возможности;
- b) российская программа накладывает значительно меньше текущих обязательств на участников

²⁹ Статья 75, примеч. 3 к ст. 178 УК РФ, и в частности ст. 28 УПК РФ.

³⁰ Часть 5 ст. 21 гл. 40.1 УПК РФ.

³¹ Часть 2 ст. 62 УК РФ.

картельного сговора в рамках проведения расследования, тогда как программы ЕС и Великобритании требуют безусловной кооперации в процессе рассмотрения дела;

- с) программы ЕС и Великобритании содержат процедуры получения маркера (места в очереди), в том числе путем анонимного заявления или раскрытия части документов. В России в этом отношении существует только перечень должностных лиц ФАС, уполномоченных принимать такие заявления³², и неформальные рекомендации по процедуре подачи заявления³³;

- d) в отличие от программы Великобритании в России нет взаимосвязи между программой смягчения ответственности для юридических лиц и освобождением от уголовной ответственности физических лиц.

Можно предположить, что введение более детализированных процедур подачи заявления и (или) регламентов ФАС России в отношении рассмотрения таких заявлений вместе с унификацией до возможной степени правил в отношении одновременного освобождения от административной и уголовной ответственности могут способствовать более широкому применению программ смягчения ответственности и, как следствие, более эффективной борьбе с картельными соглашениями.

³² Приказ ФАС России № 369 от 26 сентября 2008 г.

³³ www.anticartel.ru

Виды картелей

Главной целью картельного сговора является уничтожение или существенное ослабление конкуренции в своем сегменте рынка.

Современные экономисты насчитывают свыше 20 видов картелей, систематизированных по сфере деятельности, составу участников, форме организации, характеру взаимоотношений. Различают три основных вида картелей:

Ценовой сговор

Ценовой сговор – это не только соблюдение определенного уровня цен и согласованное их повышение, это и установление минимальной цены, и процент скидок, и типовая формула расчета. Основные признаки ценового сговора: одинаковые цены, их синхронное изменение и повышение в одних и тех же пределах. Картели этого вида появились одними из первых.

Сговор по разделу рынков, территорий, клиентов

В картелях этого вида заключается соглашение о распределении клиентов, территорий, объемов продаж и закупок, ассортимента реализуемых товаров (картель специализации). Определить их можно по следующим признакам: картели этого вида работают только в определенных городах, не интересуются «чужими» территориями или клиентами, не увеличивают предложение товара, даже если на него наблюдается небывалый спрос.

Сговор при проведении торгов, тендеров и аукционов

Этот вид картеля подразумевает соглашение между конкурентами об условиях получения подряда до начала торгов.

Существует несколько возможностей выиграть торги обманным путем, например: заявки с самыми выгодными предложениями цены подаются участниками сговора по очереди, либо осуществляется подкуп других участников торгов с тем, чтобы ими были выдвинуты заранее неприемлемые условия или цены (таким образом, победитель оказывается безальтернативным), в некоторых случаях возможны такие наказуемые законом действия, как шантаж и применение насилия в отношении возможных конкурентов.

В обмен на свой «проигрыш» «компании-неудачники» получают другой контракт, субподряд у выигравшего, денежное или иное вознаграждение. Вычислить конкурсных мошенников легко, т.к. существуют признаки недобросовестно проведенных торгов: малое количество участников, лишь символическое снижение цены предложения, неполная явка на торги и др.