



**ИГОРЬ ВАСИЛЬЕВИЧ
БАШЛАКОВ-НИКОЛАЕВ**

член Ассоциации
антимонопольных
экспертов, член
Экспертного центра
по антимонопольному
регулированию
«Деловой России»,
кандидат экономических
наук

НОВЫЙ АНТИКАРТЕЛЬНЫЙ ПАКЕТ И ВЕРОЯТНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ЕГО ПРИНЯТИЯ*

В статье рассматриваются основные положения внесенного в конце ноября 2019 г. в Государственную Думу пакета законопроектов, направленных на совершенствование законодательных мер борьбы с картелями. Выполнен критический анализ теоретического обоснования данного пакета, изложенного в статье представителей разработчика (ФАС России) А.П. Тенишева и М.А. Хамукова. Соглашаясь с тезисом о вреде картелей, автор предлагает отказаться от упрощенного (односложного) понимания как самого феномена картеля, так и причиняемого им вреда. Дан прогноз вероятных негативных последствий для экономики и правоприменительной практики в случае принятия нового антикартельного пакета в неизменном виде.

Ключевые слова: картель, картелизация, антиконкурентные соглашения, сговор на торгах, национальная экономическая безопасность

В конце ноября 2019 г. Правительство РФ внесло в Государственную Думу подготовленный ФАС России пакет из трех законопроектов, направленных на совершенствование законодательных, в том числе административно-правовых, уголовно-правовых и уголовно-процессуальных, мер борьбы с картелями (далее — новый антикартельный пакет)¹.

* Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ (проект № 20-010-00773).

¹ См.: проекты федеральных законов № 848246-7 «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», № 848392-7 «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части повышения эффективности выявления и пресечения ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий)», № 848369-7 «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (по вопросам наступления административной ответственности в случае заключения антиконкурентного соглашения)».



IGOR V. BASHLAKOV-
NIKOLAEV

Member of the Association
of Antimonopoly Experts,
Member of the Expert
Center for Antimonopoly
Regulation “Business
Russia”, PhD in Economics

NEW CARTEL PACKAGE AND PROBABLE CONSEQUENCES OF ITS ADOPTION^{**}

The article reviews the main provisions of the package of bills introduced in late November 2019 in the State Duma, aimed at improving the legislative measures against cartels. The author critically analyses the theoretical basis for this package, set out by representatives of its developer (FAS Russia) A.P. Tenishev and M.A. Khamukov. Agreeing with the thesis about the harm caused by cartels, the author proposes to abandon the simplified (single) understanding of both the cartel itself and the harm it causes. The author provides a negative forecast for the economy and law enforcement practice in case of adoption of the anticartel package as is.

Keywords: *cartel, cartelization, anticompetitive agreements, bid rigging, national economic security*

Критика нового антикартельного пакета, высказанная на ранней стадии его разработки со стороны Российского союза промышленников и предпринимателей (РСПП), не была учтена. Одновременно отдельные участники рынка выразили мнение о том, что ФАС России нередко называет картелями объединения некрупных производителей в борьбе за госзаказ, при этом никак не препятствуя укрупнению лотов в пользу крупных игроков².

Основные положения нового антикартельного пакета получили достаточно детальное отражение в статье представителей основного его разработчика, опубликованной во втором номере журнала «Закон» за 2020 г.³

Новым антикартельным пакетом предусмотрены не только уголовно-правовые новеллы, касающиеся сущности картеля, но и меры уголовно-процессуального характера, относящиеся к использованию

^{**} The article was funded by RFBR, project number 20-010-00773.
² См.: Крючкова Е., Краснушкина Н. Откройте, антимонополия // Коммерсант. 2019. 2 дек. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4178925> (дата обращения: 20.10.2020).

³ Тенишев А.П., Хамуков М.А. Новый «антикартельный пакет»: защита общественных интересов или мифы о давлении на бизнес? // Закон. 2020. № 2. С. 65–73.

материалов оперативно-разыскной деятельности (ОРД), сбора доказательств и др. В частности, предложено исключить из числа обязательных признаков картеля последствия в виде ограничения конкуренции и установить порог уголовно наказуемого деяния посредством дефиниции преступного дохода для целей ст. 178 Уголовного кодекса (УК) РФ в п. 1 примечаний к указанной норме.

1. Исключение понятия «ограничение конкуренции» из текста ст. 178 УК РФ

По мнению разработчиков нового антикартельного пакета, из текста ст. 178 УК РФ должно быть исключено понятие ограничения конкуренции в целях согласования этой нормы с антимонопольным законодательством. Как полагает А.В. Тесленко, «поправки устраняют межотраслевую коллизию, способствуя унификации и гармонизации правовых предписаний, контролю поведения хозяйствующих субъектов»⁴.

С точки зрения А.П. Тенишева⁵, предлагаемая редакция ст. 178 УК РФ позволит повысить эффективность борьбы с уголовно наказуемыми картелями за счет приведения текста данной статьи в соответствие с установленным в ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁶

(далее — Закон о защите конкуренции) запретом на заключение картеля как такового (запрет *per se*), для применения которого достаточно установить лишь *возможность* наступления любого из перечисленных в ч. 1 ст. 11 Закона последствий. При этом сущность материального состава преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, не изменяется: как и прежде, для того чтобы состав преступления мог быть признан окончательным, правоприменитель должен установить причинение (как минимум) крупного ущерба или извлечение дохода в крупном размере.

По мнению А.П. Тенишева и М.А. Хамукова⁷, безусловная вредоносность картелей, подтвержденная эмпирическими данными, и цели «процессуальной» экономии в борьбе с ними послужили причиной запрета картельных соглашений *per se* во всех развитых экономиках мира. В то же время обращено внимание на отсутствие успешных примеров иных подходов к борьбе с картелями⁸.

На наш взгляд, этот тезис в принципе нельзя признать верным. Негативные последствия, перечисленные в п. 1–5 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, не всегда ведут к ограничению конкуренции и свидетельствуют о ней. Так, возможны случаи имитации конкуренции, когда претендент на победу в торгах приглашает к участию в них другое лицо, чтобы торги состоялись. В подобной ситуации конкуренция не может быть ограничена, поскольку она отсутствует на торгах, а участие в торгах двух лиц — это не конкуренция или соперничество, а изображение, имитация соперничества с целью создания легитимности процедуры торгов. Действия при имитации конкуренции направлены не на ограничение, а на создание видимости конкуренции⁹. По данным Счетной палаты, например,

⁴ Тесленко А.В. Уголовный закон на страже добросовестной конкуренции // Конкуренция и право. 2020. № 1. С. 13–20.

⁵ «Противодействие картелям: усиление уголовной ответственности и другие нормативно-правовые изменения антимонопольного законодательства в 2020 году»: интернет-интервью с А.П. Тенишевым, начальником управления по борьбе с картелями Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс», 2020.

⁶ Согласно этой норме «признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т.е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести: 1) к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) сокращению или прекращению производства товаров; 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками)».

⁷ Тенишев А.П., Хамуков М.А. Указ. соч.

⁸ Очевидно, что упрощение процедуры расследования и исключение необходимости доказывания ограничения конкуренции по картельным делам повышает успех расследования картелей, так как из антимонопольного нарушения картель превращается в простой административный состав, требующий не обязательного установления вреда для конкуренции посредством исследования товарного рынка и заключения о последствиях для конкуренции соглашения, а установления более простых, чем ограничение конкуренции на рынке, последствий, указанных в п. 1–5 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

⁹ Подробнее см., напр.: Алешин К.Н. Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 3. С. 6–9.

60% аукционов заточены под конкретных поставщиков, а конкуренция на них является имитацией¹⁰.

При этом А.Е. Шаститко и К.В. Дозмаров¹¹ справедливо указывают, что изучение вопроса об ограничении конкуренции и проведение экономического анализа при картельных расследованиях может оказаться чрезвычайно полезным — для оценки косвенных доказательств и признаков картеля/сговора, а также экономического содержания практики, которая может обладать признаками картеля, но при более внимательном и детальном исследовании таковой не является.

Получается, что если законом запрещено не ограничение конкуренции, а определенные последствия соглашений конкурентов, то речь идет о запрете и установлении ответственности за наступление таких последствий в результате заключения или реализации соглашений. А это превращает ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции из нормы собственно антимонопольной в более общий административно-правовой запрет, для выявления нарушения которого нет необходимости проводить анализ рынка и устанавливать реальное ограничение конкуренции или реальную возможность такого ограничения.

Что же касается, допустим, сговоров на торгах, то последствия, названные в п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, охватывают любые возможные виды последствий действий участников торгов, так как включают в себя и повышение, и снижение, и поддержание цен на торгах. Любой исход торгов имеет одно из этих последствий. Но не всегда такие последствия вызываются сговором — порой они являются также объективным результатом честных торгов. Вместе с тем п. 2 ч. 1 ст. 11 не охватывает еще один результат соглашения участников торгов: тот, который ведет к признанию торгов несостоявшимися.

Необходимо отметить, что сосредоточенность государства исключительно на борьбе с картелями на торгах (в 2019 г. 87% дел о картелях касались картелей на торгах)¹² объективно способствовала ослаблению борьбы с классическими картелями, в том числе на крупнейших товарных рынках. Это означает снижение защиты конкуренции и угрозу монополизации товарных рынков.

Расследование картеля при использовании упрощенного подхода к его запрету в виде *per se* игнорирует или упрощает вопрос о том, каким образом картель как соглашение влияет на конкуренцию и каков же его действительный вред.

Так, А.В. Даниловская¹³ обращает внимание на то, что объектом уголовно-правовой охраны является добросовестная конкуренция. Учитывая существующий в науке уголовного права традиционный взгляд на объект уголовно-правовой охраны как на общественные отношения, следует рассматривать добросовестную конкуренцию через призму общественных отношений и, соответственно, определять объект охраны через одно из проявлений ее сути — добросовестные конкурентные отношения как вид экономических (предпринимательских) отношений, основанных на презумпции добросовестного соперничества хозяйствующих субъектов. Исходя из этого, включение в ст. 178 УК РФ запрета картеля *per se* является невозможным, поскольку он несовместим с указанной презумпцией. По этой же причине невозможно обосновать запрет картеля *per se* и в административном процессе, и в антимонопольном законодательстве.

Просто зададимся вопросом: в чем же состоит вред от картеля, если картель охватывает небольшую часть рынка (долю рынка), не оказывающую воздействие на общие условия обращения товара на товарном рынке, и, следовательно, не влияет на конкуренцию на товарном рынке (отсюда признанная в других юрисдикциях допустимость закупочных союзов, экспортных союзов и др.)?

¹⁰ См.: Лукьянов А. Система закупок нуждается в перезагрузке // РЖД-Партнер. 2020. № 13–14. С. 38. URL: https://www.rzd-partner.ru/upload/iblock/068/Partner_13_14_site_ssyliki.pdf (дата обращения: 20.10.2020).

¹¹ Шаститко А.Е., Дозмаров К.В. Уголовное право в антиitruste — хорошее место для встречи права и экономики // Закон. 2020. № 9. С. 141–150.

¹² См.: Картели представляют реальную угрозу для экономической безопасности страны. URL: <https://fas.gov.ru/news/30504> (дата обращения: 20.10.2020).

¹³ Даниловская А.В. Конкуренция как объект уголовно-правовой охраны // Lex Russica. 2020. № 2. С. 75–91.



А.Е. Шаститко и К.В. Дозмаров¹⁴, рассматривая формальный подход к расследованию картелей, справедливо указывают, что пренебрежение оценкой ограничения конкуренции картельным соглашением в вопросе квалификации деяния по ст. 178 УК РФ таит в себе больше рисков и издержек, чем положительных эффектов. Они приводят простой пример: рынок товара массового потребления, где доля каждой компании в среднем составляет до 5%. Соглашение двух продавцов о фиксации цен формально можно считать картельным соглашением, а при доходе этих компаний свыше 50 млн руб. — преступлением. Но только формально. При этом вряд ли следственные органы, ФАС России и суды будут интересоваться тем, что конкуренция на рынке очень быстро выдавит этих хозяйствующих субъектов с рынка и они уже не смогут заработать намного больше, чем если бы воздержались от фиксации, а также то, что конкуренция на рынке не пострадает вовсе.

Исходя из этого примера, хотелось бы задуматься о том, зачем уважаемые компетентные органы и суды проводят расследование по факту заключения незадачливыми предпринимателями объективно курьезного соглашения, считающегося при формальном подходе на основе презумпции *per se* картелем, но не приведшего к ограничению конкуренции и неблагоприятным последствиям для потребителей. Ведь это не только процессуальная нагрузка и отвлечение сотрудников, но и неоправданные траты федерального бюджета.

А.Е. Шаститко и К.В. Дозмаров¹⁵ усматривают еще одну опасность применения презумпции запрета картелей *per se* — опасность объективного вменения посредством экстраполяции поведения компаний на поведение их сотрудников, без оценки степени вины самих сотрудников, их осведомленности и осознанной вовлеченности в процесс картелизации.

Ущербность запрета картелей *per se*, исключаяющего из состава антиконкурентного правонарушения обязательный элемент в виде вреда конкуренции, этим не ограничивается.

Возникает также вопрос об обоснованности абсолютного (*per se*) запрета картелей при наличии возможных положительных эффектов от объединения усилий конкурентов (эффект масштаба, инновации, развитие бизнеса и т.д.), которое допускается при структурном объединении конкурентов (экономическая концентрация), но запрещено при их функциональном объединении (соглашения — уже сразу картели, а они запрещены как таковые вне зависимости от влияния подобных соглашений на конкуренцию и положительные последствия для экономики.

По мнению А.П. Тенишева и М.А. Хамукова, помимо подрыва конкуренции как основы рыночных отношений и создания препятствий для инноваций, картели оказывают крайне неблагоприятное воздействие на благосостояние граждан, в связи с чем европейские исследователи (прежде всего Р. Уилан) нередко рассматривают картели как сложный состав кражи¹⁶.

Между тем исследования картелей указывают и на совсем иное: соглашение конкурентов создает условия для инноваций. Мы не должны забывать, что Й. Шумпетер¹⁷ оправдывал монополизацию рынка с точки зрения динамической эффективности, при которой монопольная прибыль является важнейшим стимулом эффективности, в том числе для реализации НИОКР, — в отличие от конкуренции, при которой цены, незначительно превышающие издержки, не позволяют собрать средства на НИОКР и инновации.

Кроме того, в рекомендациях ОЭСР¹⁸ говорится, что некоторые горизонтальные соглашения между компаниями могут не соответствовать жесткому картелю, а в отдельных случаях могут иметь и положительные последствия. Например, соглашения между конкурентами, связанные с исследованиями и разработками, производством и маркетингом, способны привести к снижению затрат компаний или улучшению продуктов, выгоды от которых передаются потребителям. Задача

¹⁶ Whelan P. The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges. Oxford, 2014.

¹⁷ Shumpeter J.A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York, 1942, 437 p.

¹⁸ Cartels and anti-competitive agreements. URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/> (дата обращения: 20.10.2020).

¹⁴ Шаститко А.Е., Дозмаров К.В. Указ. соч. С. 146.

¹⁵ Там же.

антимонопольных органов, подчеркивается в рекомендациях ОЭСР, состоит в том, чтобы правильно оценить эти соглашения, уравновесив проконкурентные и любые антиконкурентные эффекты, которые могут исказить рынок. Но как же оценить эффекты, если вопрос о влиянии на конкуренцию при расследовании картеля регулятором не рассматривается вовсе?

Между тем тот же Р. Уилан, с одной стороны, пишет¹⁹, что законодательная криминализация картелей является сдерживающим фактором против картелизации, а с другой стороны, на основе анализа правоприменения приходит²⁰ к тому, что из-за неопределенного характера антимонопольных правил было бы нецелесообразным применять к ним уголовные санкции. Это очень серьезный аргумент, показывающий, что высокая степень нормативной неопределенности должна препятствовать возбуждению уголовного обвинения.

Именно по этой причине в Верховный суд США подана жалоба²¹ о несоответствии презумпции запрета картеля *per se* Конституции США в связи с тем, что в уголовном процессе по картельным делам обвиняемый лишается возможности доказывания присяжным своей невиновности в причинении вреда конкуренции в условиях презюмирования наличия такого вреда *per se* (как такового) при заключении соглашений с конкурентами.

В проекте новой редакции ст. 178 УК РФ предлагается типичная для уголовного законодательства бланкетная форма уголовно-правового запрета, основное содержание которого будет определяться антимонопольным законодательством, отличающимся (как и многие иные комплексные отрасли законодательства) достаточно высокой степенью неопределенности ряда ключевых понятий. К ним,

в частности, на наш взгляд, может быть отнесено и понятие картеля. Так, в норме ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции не учитывается, что понятия картеля на товарном рынке и картеля на торгах существенно различаются между собой в связи с существенным различием понятий конкуренции на товарном рынке и на торгах²². Например, последнее в виде ограничения конкуренции на товарном рынке (а именно такое определение конкуренции дано в ст. 4 Закона о защите конкуренции) является сутью картеля на товарном рынке, однако для картеля на торгах, при котором нарушается порядок определения претендента, заключающего контракт (договор), оно не является обязательным признаком.

Можно ли с помощью мер уголовной ответственности за картели восстановить конкуренцию на том рынке, где она была ограничена? Вот одна из ключевых проблем, возникающих в связи с рассматриваемым новым антикартельным пакетом.

Профессор В.А. Белов ставит вопрос: можно ли включать в число потерпевших (например, от картеля) тех предпринимателей, «которые сумели *переложить свои потери* (например, монопольную составляющую (сверхприбыль) в уплаченной ими цене) *на собственных контрагентов?*»²³ Если оснований для этого нет, то не означает ли это, что «единственными лицами, имеющими право на взыскание убытков, причиненных нарушением конкурентного законодательства, могут быть *только действительно понесшие их потребители* (а не конкуренты. — *И.Б.-Н.*)? А если это так, то для чего нужен механизм конкурентного права? Не достигается ли тот же самый результат общегражданским деликтным правом?»

Ответ на этот вопрос, по мнению указанного автора, также, скорее всего, будет отрицательным: «В особенности в том случае, когда примененные к нарушителю административные или уголовные санкции окажутся такими, что принудят его существенно сократить,

¹⁹ Whelan P. European Antitrust Criminalization and the Challenge of Deterrence Theory // Whelan P. The Criminalization of European Cartel Enforcement... URL: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199670062.001.0001/acprof-9780199670062-chapter-3> (дата обращения: 20.10.2020).

²⁰ Whelan P. European Antitrust Criminalization and the Challenge of Legal Certainty // Whelan P. The Criminalization of European Cartel Enforcement... URL: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199670062.001.0001/acprof-9780199670062-chapter-7> (дата обращения: 20.10.2020).

²¹ Connolly R. Update on Per Se Rule Challenge Cert Petition. URL: <http://cartelcapers.com/blog/update-on-per-se-rule-challenge-cert-petition/> (дата обращения: 20.10.2020).

²² Подробнее см.: Башлаков-Николаев И.В. О конкуренции между участниками торгов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 4. С. 90–95.

²³ Белов В.А. Так что же такое конкурентное право? // Закон. 2020. № 2. С. 58. Сноска 42.



а то и вовсе прекратить хозяйственную деятельность на „испорченном“ рынке... освободившееся место пусто не бывает, и благо, если его займут *несколько новых субъектов, вошедших на этот рынок*, ну а если нет? Если освободившуюся долю перераспределяют между собой уже существующие участники? Число потенциальных продавцов *уменьшилось*, рыночная доля каждого из них *возросла* — где же тут защита конкуренции? Разве только в угрозе на будущее: не злоупотребляйте доминирующим положением, а то так оштрафуют, что не только доминировать перестанете, но и работать больше не сможете», — пишет В.А. Белов²⁴.

А.Е. Шаститко и Н.С. Павлова²⁵ размышляют, каким образом уголовная ответственность останавливает картельную деятельность. Они ссылаются на Р. Познера²⁶, одного из основателей экономического анализа права как особого направления исследований, который подробно объясняет, почему лишение свободы за «беловоротничковые» преступления неэффективно: правильно подобрав величину штрафа, можно добиться того же уровня снижения полезности для индивида, что и путем тюремного заключения, однако взыскать штраф с индивида, которому по средствам его заплатить (именно здесь важно, что преступление совершается «белым воротничком»), обходится обществу дешевле, чем содержать его в тюрьме необходимый срок. Кроме того, Р. Познер указывает, что вероятность наступления санкций за картели ниже, чем за злоупотребление доминирующим положением, и связано это с тайным характером картеля. Здесь необходимо оговориться, что, по всей видимости, Р. Познер под картелями не имел в виду сговоры на торгах.

Нужно отметить, что исследования и Р. Познера, и российских авторов (А.Е. Шаститко и Н.С. Павловой) осуществлены с точки зрения стимулов, которые формируются в правоприменении. А именно в большей степени мера уголовной ответственности стимулирует отказаться от картельной деятельности, чем меры административные и гражданско-правовые?

Повышения эффективности мер уголовной ответственности за картели недостаточно для восстановления конкуренции на товарных рынках и предупреждения организованного хищения бюджетных средств с использованием недостатков механизма государственных (да и корпоративных) закупок.

Только четкое разграничение классических картелей и картелей на торгах, на наш взгляд, позволит выработать реалистическую модель декартелизации российской экономики²⁷.

Разграничение между картелем на товарных рынках и сговором на торгах (который в настоящий момент рассматривается как одно из проявлений картеля, если следовать логике ст. 11 Закона о защите конкуренции) имеет определяющий смысл²⁸.

2. Об изменении методики расчета убытков и ущерба для целей уголовного преследования за картели по ст. 178 УК РФ

А.П. Тенишев и М.А. Хамуков в упомянутой выше статье отмечают, что новый антикартельный пакет направлен исключительно на обеспечение эффективного инструментария борьбы с картелями, отвечающего современным реалиям жизни и экономических процессов. По мнению авторов, каких-либо репрессий для бизнеса он не предусматривает. Более того, они предлагают вдвое увеличить сумму дохода (с 50 млн до 100 млн руб.) и ущерба (с 10 млн до 20 млн руб.), необходимых для криминализации деяния. Тем самым, полагают авторы, исключалась бы возможность уголовного преследования большого массива некрупных сговоров — для них останется только административная ответственность, так что прогнозировать рост уголовных дел вследствие этого неверно.

Авторы указывают, что в главе 22 УК РФ об ответственности за преступления в сфере экономической

²⁴ Там же. С. 58–59.

²⁵ Шаститко А.Е., Павлова Н.С. Почему экономический анализ права имеет значение? // Закон. 2018. № 3. С. 57–66.

²⁶ Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. СПб., 2004.

²⁷ См.: Максимов С.В., Башлаков-Николаев И.В., Васин Ю.Г. О пользе теоретического моделирования антикартельной политики (уроки чрезвычайного экономического положения, вызванного пандемией COVID-19) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2020. № 9.

²⁸ См.: Шаститко А.Е., Дозмаров К.В. Указ. соч. С. 144.

деятельности (а это несколько десятков составов преступлений, по которым ежегодно возбуждаются десятки тысяч уголовных дел) размер дохода, отделяющий административное правонарушение от уголовно наказуемого деяния, составляет всего лишь 2,25 млн руб., что абсолютно не соответствует современным экономическим отношениям, несет в себе реальный риск для предпринимателей и отрицательно сказывается на состоянии конкуренции в стране.

В связи с этим предлагаемая ФАС России инициатива по увеличению пороговых величин, наоборот, по мнению авторов, либерализует государственную политику в отношении уголовно наказуемых картелей. Более того, они полагают, что данную инициативу можно распространить на другие преступления в сфере экономической деятельности, ответственность за которые предусмотрена главой 22 УК РФ, что действительно снизило бы риски уголовного преследования для предпринимателей²⁹.

Однако при более подробном рассмотрении мы увидим, что предложенный авторами подход исключает из уголовного преследования лишь очень малые картели, выявленные по административно-правовой (упрощенной по сравнению с антимонопольной), а не по антимонопольной (запрет соглашений конкурентов безотносительно к влиянию на конкуренцию) методике.

В свою очередь, исключение из дефиниции картеля в ст. 178 УК запрета на ограничение конкуренции приведет к исключению из Гражданского кодекса РФ целого спектра разрешенного предпринимательского поведения, связанного с договорными отношениями конкурентов (простое товарищество и т.д.). В результате под формальный запрет попадут безобидные для конкуренции формы объединения предпринимательских усилий, которые могут без ограничения конкуренции влиять на эффективность деятельности на рынке и определять цену, например посредством увеличения предложения. В таких случаях объединение предпринимательских усилий может вести к снижению цены или иным благоприятным для потребителя последствиям.

Если мы рассмотрим все предложения по совершенствованию расследований картелей и тезис о том, что ущерб и убытки считаются в совокупности применительно ко всем участникам картеля (как общая выручка участников картеля), то увидим, что установленные в примечаниях к ст. 178 УК РФ критерии наличия крупного и особо крупного размера ущерба как обязательного альтернативного признака уголовно наказуемого картеля утрачивают свое значение и смысл, поскольку уголовная ответственность за картель будет наступать в случае, если совокупная выручка участников картеля превысит 20 млн руб., что типично для малого бизнеса на рынке и для торгов с начальной максимальной ценой контракта (далее — НМЦК) выше 20 млн руб.

Как отмечают А.П. Тенишев и М.А. Хамуков³⁰, разработчик, предлагая данный критерий, руководствовался разъяснениями Верховного Суда РФ, данными в Постановлении Пленума от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем». По их мнению, суд, изучив огромный массив дел, четко сформулировал: под преступным доходом понимается выручка от реализации товаров, работ или услуг за период осуществления **незаконной** предпринимательской деятельности без вычета произведенных расходов, с нею связанных. Если речь идет об организованной группе лиц, исходить следует из общей суммы дохода, извлеченного всеми ее участниками.

Авторы указывают, что в 2016 г. Верховный Суд РФ в Постановлении Пленума от 15.11.2016 № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности» (далее — Постановление Пленума ВС РФ № 48) подтвердил эту правовую позицию. Отсутствие, согласно авторам, «соответствующих формулировок в ст. 178 УК РФ в настоящее время создает большие сложности в расследовании картелей и еще больше неопределенности для бизнеса»³¹.

²⁹ Тенишев А.П., Хамуков М.А. Указ. соч. С. 73.

³⁰ Там же. С. 71.

³¹ Там же.



Однако в Постановлении Пленума ВС РФ № 48 содержится только указание на правила освобождения от уголовной ответственности в связи с возмещением ущерба. В соответствии с п. 14 Постановления для освобождения от уголовной ответственности за преступления, названные в ч. 2 ст. 76.1 УК РФ, возмещение ущерба, причиненного в результате совершения преступления гражданину, организации или государству, а также перечисление в федеральный бюджет дохода и денежных возмещений должны быть произведены в полном объеме.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 48 под доходом для целей денежного возмещения признается **общая сумма незаконного обогащения**, полученная в результате совершения преступления (без вычета произведенных расходов), в денежной (наличные, безналичные и электронные денежные средства в рублях и (или) в иностранной валюте) и (или) натуральной форме (движимое и недвижимое имущество, имущественные права, документарные и бездокументарные ценные бумаги и др.).

Таким образом, в Постановлении Пленума не идет речи о преступном доходе. Указание на то, что признается общей суммой незаконного обогащения, во-первых, сделано для целей денежного возмещения, а во-вторых, связывается с незаконностью деяния. Но, как мы помним, незаконность картельного правонарушения связана с извлечением монопольной суперприбыли, ставшим возможным ввиду заключения картельного соглашения.

Есть и другое мнение.

Применение к ст. 178 УК РФ позиции по незаконному доходу по делам о незаконном предпринимательстве и легализации искажает суть картельного правонарушения.

При таком подходе вся деятельность всех компаний — участников картеля фактически будет считаться незаконной. Но применительно к картелям это не так, поскольку незаконным может быть признан лишь доход, полученный от монополистической деятельности. А монополистическая деятельность — это конкретная незаконная деятельность (в нашем случае заключение и исполнение картельного соглашения) в структуре деятельности хозяйствующего субъекта.

Они соотносятся как частное и общее. Ведь в отличие от случаев незаконного предпринимательства при картельных соглашениях незаконным является лишь заключение соглашения и его реализация как формы ограничения конкуренции, посредством которой участники получают за счет потребителей дополнительную — картельную — экономическую выгоду. Картельное соглашение не делает незаконной деятельность по разработке, производству продукции, которая является предметом картеля и иной деятельности.

Как утверждают А.П. Тенишев и М.А. Хамуков, «предприятия промышленности, участвующие в картеле, получают сверхприбыли», а «сумма разностей между картельными и рыночными ценами ($C_k - C_p$) — это по своей сути ущерб, который формируется для потребителей из-за действий картеля на товарном рынке»³². Полученная сверхприбыль, пишут авторы, является основанием того, что «в некоторых зарубежных странах (например, США) потребители продукции, которые пострадали от действий картелей, могут подавать иски в суд для возмещения соответствующего ущерба и восстановления справедливости. Если потребителями являются физические лица, то подаются коллективные иски»³³. В России такая практика, как отмечают авторы, еще не развита, хотя для этого имеются правовые возможности (по всей видимости, не развита она по причине трудности взыскания в судебном порядке картельного вреда).

Таким образом, сами авторы не отождествляют картельную сверхприбыль со всей выручкой участников картеля, но при этом обосновывают предлагаемое новым антикартельным пакетом признание всей выручки участников картеля незаконной и подлежащей учету в качестве одного из критериев его криминализации.

Однако в отличие от незаконного предпринимательства незаконность картельных деяний проявляется только в части получения сверхприбыли (разницы между картельной и обычной прибылью). На наш взгляд, принятие предложенной в новом антикартельном пакете редакции ст. 178 УК РФ приведет

³² Там же. С. 67.

³³ Там же.

к снижению порога уголовной ответственности за картели.

А.Е. Шаститко и К.В. Дозмаров указывают, что «логика ст. 171 УК РФ здесь (в случае применения ст. 178 УК РФ. — *И.Б.-Н.*) не работает. Почему? Потому, что с экономической точки зрения не весь доход от картеля является незаконным, незаконна только разница между полученным доходом и доходом, который сформировался бы без учета незаконных действий, а это так потому, что не производство и сам факт реализации данного товара незаконны, а условия, на которых это происходит»³⁴.

Авторы полагают, что для целей применения ст. 178 УК РФ более показательна норма ст. 185.3 УК РФ и что правовая конструкция преступного дохода картелиста в ст. 178 УК РФ, равно как и в ст. 185.3 УК РФ, должна описываться именно через понятие излишнего дохода, т.е. разницы между доходом, который был получен в результате незаконных действий, и доходом, который сформировался бы без учета незаконных действий, предусмотренных настоящей статьей, и в условиях свободной конкуренции, с вычетом произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

При этом авторы поясняют, что против возможности определения преступного дохода в размере всей выручки может рассматриваться тот факт, что он представляется несправедливым и несоразмерным содеянному, поскольку не могут подлежать одинаковому наказанию картельные соглашения, маржинальность которых у одного составляет 5%, а у другого — 305%³⁵.

В связи с этим представляется не вполне обоснованным как отнесение *всей выручки, получаемой в результате деятельности картеля всеми участниками картеля, к незаконной*, так и указание в п. 1 примечаний к ст. 178 УК РФ на то, что под доходом в данной статье признается выручка от реализации товаров (работ, услуг), извлеченная всеми участниками ограничивающего конкуренцию соглашения без вычета произведенных расходов.

3. Выводы

1. Принятие новой редакции ст. 178 УК РФ при исключении из числа обязательных признаков картеля ограничения конкуренции может привести к тому, что уголовная ответственность предпринимателей будет наступать за заключение ими соглашений на товарных рынках вне зависимости от наличия реального вреда для конкуренции на данном рынке или реальной опасности ограничения такой конкуренции.

2. При решении вопроса о наличии оснований для возбуждения уголовного дела по ст. 178 УК РФ в предложенной новым антикартельным пакетом редакции вывод антимонопольного органа о наличии или отсутствии в деянии признаков картеля уже не будет иметь юридического значения, поскольку для принятия решения о возбуждении уголовного дела должностному лицу правоохранительного органа не нужны будут результаты экономического анализа о влиянии картеля на конкуренцию. Факт сговора между представителями хозяйствующих субъектов — конкурентов о цене на товар или о разделе рынка следователю будет проще установить с помощью оперативных работников без обращения за помощью к антимонопольному органу.

3. Отказ от необходимости устанавливать факт реального ограничения конкуренции или наличия реальной возможности ограничения конкуренции в результате картеля позволяет перейти к привлечению виновных лиц к административной ответственности непосредственно по ст. 14.32 Кодекса РФ об административных правонарушениях, минуя стадию предварительного антимонопольного расследования, по аналогии с процедурой привлечения к ответственности за отказ в подключении к инфраструктуре (технологическом присоединении) по ст. 9.21 КоАП РФ).

4. Снижение порога наступления уголовной ответственности по ст. 178 УК РФ посредством определения незаконного дохода как выручки всех участников картеля может привести к росту числа уголовных дел о картелях, в том числе на товарных рынках. 📧

³⁴ Шаститко А.Е., Дозмаров К.В. Указ. соч. С. 148.

³⁵ Там же. С. 149.



REFERENCES

Aleshin, K.N. “Imaginary Competition Must Be Expressly Prohibited by Law” [*Mnimaya konkurentsia dolzhna byt' pryamo zapreshchena zakonom*]. Russian Competition Law and Economy [*Rossiyskoye konkurentnoye pravo i ekonomika*]. 2019. No. 3. P. 6–9.

Bashlakov-Nikolayev, I.V. “On Competition between Parties to Bidding” [*O konkurentsii mezhd u uchastnikami trgov*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*]. 2015. No. 4. P. 90–95.

Belov, V.A. “So What Is Competition Law?” [*Tak chto zhe takoye konkurentnoye pravo?*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 2. P. 44–64.

Danilovskaya, A.V. “Competition as an Object of Criminal Law Protection” [*Konkurentsia kak ob'yekt ugovovno-pravovoy okhrany*]. Lex Russica. 2020. No. 2. P. 75–91.

Maksimov, S.V., Bashlakov-Nikolayev, I.V. and Vasin, Yu.G. “” [*O pol'ze teoreticheskogo modelirovaniya antikartel'noy politiki (uroki chrezvychaynogo ekonomicheskogo polozheniya, vyzvannogo pandemiyey COVID-19)*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*]. 2020. No. 9. P.

Posner, R. Economic Analysis of Law in 2 vol. [*Ekonomicheskij analiz prava: v 2 t.*]. Saint Petersburg, 2004. Vol. 1. 524 p.; Vol. 2. 976 p.

Shastitko, A.E. and Dozmarov, K.V. “Criminal Law in Antitrust Is Good Place for Law and Economics Rendezvous” [*Ugovovnoye pravo v antitraste — khorosheye mesto dlya vstrechi prava i ekonomiki*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 9. P. 141–150.

Shastitko, A.E. and Pavlova, N.S. “Why Law and Economics Matters?” [*Pochemu ekonomicheskij analiz prava imeyet znacheniyey?*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No. 3. P. 57–66.

Shumpeter, J.A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York, 1942.

Tenishev, A.P. and Khamukov, M.A. “New ‘Cartel Package’: Protection of Public Interests or Myths about Pressure on Businesses?” [*Novyy “antikartel'nyy paket”: zashchita obshchestvennykh interesov ili mify o davlenii na biznes?*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 2. P. 65–73.

Teslenko, A.V. “Criminal Law on Guard for Good-Faith Competition” [*Ugovovnyy zakon na strazhe dobrosovestnoy konkurentsii*]. Competition and Law [*Konkurentsia i pravo*]. 2020. No. 1. P. 13–20.

Whelan, P. The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges. Oxford, 2014. 365 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Igor V. Bashlakov-Nikolaev

Member of the Association of Antimonopoly Experts, Member of the Expert Center for Antimonopoly Regulation “Business Russia”, PhD in Economics (e-mail: bniv@list.ru).