

Внеплановые выездные проверки: надуманная дискуссия



Константин АЛЕШИН,
профессор кафедры экономического
и антимонопольного регулирования
МГИМО (У) МИД России,
кандидат юридических наук

В последних номерах журнала «Конкуренция и право» обсуждались вопросы проведения антимонопольными органами внеплановых выездных проверок, или, используя англосаксонский термин, «рейдов на рассвете»¹. И если на страницах любимого издания публиковались во многом спорные, но адекватные экспертные оценки правоприменительной практики, складывающейся по этому поводу, то некоторые другие СМИ, похоже, соревновались в дезинформации. Дальше всех пошел один из центральных телеканалов, в эфире которого прозвучало: Верховный Суд РФ окончательно запретил ФАС России проводить «рейды на рассвете»!² Представляется, что уважаемые судьи удивились бы, услышав такое, ведь в их производстве никогда не было спора о полномочиях антимонопольной службы осуществлять внеплановые выездные проверки.

Не вникая сейчас в суть упомянутого решения ВС РФ (к нему мы вернемся позже), давайте попробуем проанализировать, в чем предмет развернувшейся общественной и научной дискуссии.

Законодательные основания внеплановых выездных проверок

Антимонопольные органы в России наделены полномочиями по проведению различных видов проверок, в том числе выездных внепла-

¹ См., например: Асташкевич А. Правовая оценка «рейдов на рассвете» // Конкуренция и право. 2014. № 3. С. 29–32; Пеховский А. ВАС РФ: о «рейдах на рассвете» // Конкуренция и право. № 4. С. 41–43; Верещагин А. «Аргус»: точка в споре не поставлена // Конкуренция и право. № 4. С. 43–44.

² Речь идет об Определении ВС РФ от 10 сентября 2014 г. по делу № 400-ЭС14-2879, которым было отказано в удовлетворении кассационной жалобы ФАС России на решение ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № ВАС-7907/2013.

новых. В ст. 25.1–25.6 Закона о защите конкуренции¹ детально описаны все этапы такой проверки: от содержания приказа об ее осуществлении до требований к оформлению акта, составляемого по ее завершении. Еще более подробно эти полномочия раскрыты в Административном регламенте ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденном приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 340 и зарегистрированном в Минюсте России 18 июня 2012 г. Он является действующим подзаконным актом, и антимонопольные органы обязаны им руководствоваться при любых проверочных мероприятиях.

Возможности, предоставленные сотрудникам антимонопольной службы этими нормативными актами, несколько шире, чем установлены для проверяющих Федеральным законом от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». Возможность такого расширения полномочий ФАС России предусмотрена исключениями, содержащимися в п. 1 ч. 4 ст. 1 указанного Закона.

Основным отличием выездных внеплановых проверок является внезапность, но только в случае, если их предметом служат подозрения в заключении антиконкурентных соглашений. Имеются в виду не только картели, но и запрещенные «вертикальные» соглашения, иные соглашения хозяйствующих субъектов, влияющие на конкуренцию, антиконкурентные соглашения с органами власти, осуществление запрещенных видов координации экономической деятельности – иными словами, все деяния, перечисленные в ст. 11 и 16 Закона о защите конкуренции. Статья 25.1 этого Закона прямо запрещает предупреждать проверяемого о том, что к нему планируют прийти сотрудники ФАС России. С органами прокуратуры эти визиты также не согласуются.

Для чего нужна внезапность? Ответ очевиден: любое антиконкурентное соглашение, за редчайшими исключениями, надежно скрывается его участни-

Мнение некоторых экспертов, что внезапные выездные проверки следует проводить только после возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, абсурдно.

ками. Если доказательства его заключения попадут к контролирующему органу, это неотвратимо приведет к возбуждению дела о нарушении антимонопольного законодательства и к оборотным административным штрафам. А в случае выявления картеля с извлеченным доходом или причиненным ущербом в крупном размере возможно наступление уголовной ответственности по ст. 178 УК РФ. В этой ситуации правонарушитель, узнав, что его деятельностью заинтересовалась ФАС России, первым делом уничтожит доказательства, и проверка станет безрезультатной.

Поэтому абсурдно заявление некоторых «экспертов», что внезапные выездные проверки следует проводить только после возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Дело может быть возбуждено лишь при наличии установленных признаков нарушения норм Закона о защите конкуренции. Любая проверка, в том числе и внезапная, направлена как раз на выявление таких признаков и сбор доказательств их существования. Поэтому проводить ее, когда наличие признаков нарушения уже установлено, как минимум нецелесообразно. Такие проверки (при уже возбужденном деле) иногда могут осуществляться с целью получения дополнительных доказательств. Но это скорее исключение, подтверждающее разумное правило: сначала проверка для установления признаков нарушения, а затем возбуждение дела. Именно такой порядок вытекает из ст. 39 Закона о защите конкуренции.

Антимонопольный орган наделен большими возможностями по беспрепятственному проникновению на территорию проверяемого лица, осмотр его офиса, рабочих мест сотрудников, всех электронных носителей информации с целью обнаружения доказательств антиконкурентного соглашения. Осмотр

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

не подразумевает изъятия найденных документов и носителей информации. Со всех источников информации – бумажных и электронных – сотрудники ФАС России могут снимать копии, фиксируя это в протоколе. Для соблюдения прав проверяемого при осмотре разрешено присутствие его представителя (без каких-либо ограничений), также обязательно участие как минимум двух независимых понятых.

При этом надо помнить, что, поскольку речь идет о проверочных мероприятиях, их результатом даже теоретически не могут стать какие-либо ограничения в деятельности проверяемого. У него не вправе изъять какие-либо предметы или средства производства, его деятельность не может быть приостановлена. По итогам проверки ФАС России делает вывод только о наличии или отсутствии признаков нарушения. Непосредственно в ходе проверки никакие негативные последствия для проверяемого наступить не могут.

В отличие от других надзорных органов, антимонопольный орган, увидев признаки нарушения, может лишь проверить документы нарушителя и составить об этом акт, но не вправе ни оштрафовать его на месте нарушения, ни даже предписать ему прекратить противозаконные действия. То есть нарушить или ограничить какие-либо права хозяйствующего субъекта в сфере его предпринимательской деятельности в ходе проведения проверки ФАС России не может в силу закона.

Что же тогда вызвало столь бурное недовольство «излишне широкими» полномочиями ФАС России при проведении «рейдов на рассвете» в некоторых предпринимательских и экспертных кругах? В чем суть претензий тех, кто подогревает развернувшуюся дискуссию?

Полемика о «рейдах на рассвете»

Наиболее активно против выездных внеплановых проверок выступают те представители бизнеса, в офисах которых в ходе осмотров были обнаружены доказательства их участия в антиконкурентных соглашениях.

Все судебные процессы по обжалованию результатов проверок ФАС России инициируются подозреваемыми

Судебное обжалование дает шанс, что в случае победы истца будут признаны недопустимыми все полученные в ходе проверки доказательства.

в нарушении антимонопольного законодательства или уже установленными нарушителями. Для них это часть тактики защиты. Судебное обжалование проведения конкретной проверки дает шанс, что в случае если победит истец будут признаны недопустимыми все полученные в ее ходе доказательства. А значит, может быть отменено решение комиссии антимонопольного органа о признании лица нарушителем и постановление о привлечении его к административной ответственности и назначении наказания.

Однако не стоит путать судебное обжалование действий конкретной инспекции антимонопольного органа во время выездной внеплановой проверки и обжалование полномочий ФАС России на ее проведение. Эти полномочия никем и никогда ни в одну судебную инстанцию не обжаловались.

С этой точки зрения интерес представляет решение ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № ВАС-7907/2013: по заявлению одного из лиц, признанного впоследствии нарушителем антимонопольного законодательства, были признаны не действующими с момента их принятия и отменены Методические рекомендации по проведению ФАС России и ее территориальными органами плановых и внеплановых выездных проверок по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства¹ (далее – Методические рекомендации). ВС РФ оставил это решение без изменения.

Как отметил ВАС РФ, Методические рекомендации являются нормативным актом, следовательно, могли действовать только при условии регистрации их в Минюсте России. Поскольку регистрация не была осуществлена, они никогда не действовали и подлежат отмене.

Никаких полномочий отмененные Методические рекомендации не устанавливали и не могли устанавли-

¹ См.: письмо ФАС России от 26 декабря 2011 г. № ИА/48530.

ливать, так как по своей природе носили рекомендательный характер и не были обязательны к исполнению даже для сотрудников антимонопольной службы. Все проверочные мероприятия ФАС России и ее территориальные органы проводят на основании норм Закона о защите конкуренции и упоминавшегося Административного регламента.

ВАС РФ прямо указал, что не оценивает соответствие Методических рекомендаций нормам действующего законодательства. И уж тем более в судебных актах отсутствуют какие-либо выводы о законности или незаконности действий или объеме полномочий сотрудников ФАС России при проведении проверок. Поэтому попытка представить данное судебное дело как спор о полномочиях антимонопольной службы на проведение «рейдов на рассвете», у многих вызвала недоумение.

Доводы тех, кто считает полномочия антимонопольных органов на проведение внеплановых выездных проверок «излишними» и «вредными для бизнеса», особенно для представителей малого и среднего предпринимательства, следует разделить на тезисы.

Самое распространенное мнение сводится к тому, что ФАС России использует свои полномочия по проведению внезапных проверок, чтобы «кошмарить» бизнес. Она имеет право прийти в любой офис без каких-либо оснований, никого не предупреждая, даже прокуратуру. Осмотр помещений и документов проверяемого, по сути, является оперативно-розыскным мероприятием (ОРМ), или обыском без санкции.

А теперь посмотрим, как выглядит объективная картина. Всего в ЕГРЮЛ зарегистрировано более 7 млн хозяйствующих субъектов. По данным бизнес-обмудсмена, в 2013 г. в Российской Федерации органами государственной власти проведено 2,7 млн проверок хозсубъектов. Из них 50% – это внеплановые проверки, т.е. примерно 1 млн 350 тыс.

В прошедшем году Управление по борьбе с картелями ФАС России провело 62 внезапных проверки хозяйствующих субъектов. Именно это Управление ФАС России «специализируется» на нарушениях ст. 11 и 16 Закона о защите конкуренции.

Попытка представить «дело о Методических рекомендациях» как спор о полномочиях антимонопольной службы на проведение «рейдов на рассвете» у многих вызвала недоумение.

Из 62 только 9 проверок было проведено в отношении предприятий малого бизнеса: 6 малых компаний подозревались в сговорах на торгах, 3 были связаны с крупными компаниями, работающими на рынке. Практически во всех случаях были выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

То есть ФАС России «кошмарит» бизнес, осуществив всего лишь 62 проверки из 1,35 млн, проведенных различными надзорными органами?! Более чем странное утверждение.

Все проверки, в том числе и выездные внеплановые, возможны только при наличии оснований, перечисленных в ст. 25.1 Закона о защите конкуренции. Их произвольное проведение неминуемо повлечет признание действий сотрудников антимонопольного органа незаконными в суде и не позволит использовать полученные в ее ходе доказательства. Тот факт, что ни одна из попыток судебного обжалования действий сотрудников ФАС России при проведении внезапных выездных проверок, как и ни одна из многочисленных жалоб в органы прокуратуры, не окончилась победой проверяемых, говорит о строгом соблюдении контролирующим органом закона и наличии безусловных оснований для каждого проверочного мероприятия.

Полномочий у антимонопольной службы, в частности на проведение осмотра помещений и предметов проверяемого лица, ничуть не больше, чем у других надзорных органов.

Так, обследования при внеплановых проверках проводит, например, Ростехнадзор. Налоговый кодекс РФ уже почти 15 лет предусматривает право осматривать помещения, территории, предметы и документы налогоплательщика в ходе выездной налоговой проверки. Таможенный кодекс РФ позволяет прово-

дить осмотры в ходе выездных проверок, в том числе с пресечением сопротивления и вскрытием запертых помещений (такого права нет у сотрудников ФАС России). Уголовно-процессуальный кодекс РФ дает право следователю проводить осмотры и до возбуждения уголовного дела, а ст. 182 разрешены обыски в офисах компаний без санкции суда.

Законодатель четко разделяет обыск и другие контрольные мероприятия, не требующие санкции суда, в зависимости от того, могут ли эти действия причинить ущерб конституционным правам гражданина (физического лица). Согласно общему правилу во всех юрисдикциях мира судебное разрешение нужно только для тех действий органов власти, которые существенно ограничивают права и свободы граждан. ФАС России проводит проверки в отношении юридических лиц, не затрагивая прав и свобод физических лиц.

У публичного юридического лица нет иммунитета от государственного контроля и надзора. Право на неприкосновенность занимаемого помещения и личных документов (переписки) установлено Конституцией РФ только для гражданина.

В некоторых зарубежных юрисдикциях конкурентному ведомству для проведения внеплановой проверки необходимо разрешение суда. Но такие органы получают и более широкие полномочия: благодаря санкции суда они могут обыскивать жилые помещения, изымать документы и носители информации, приостанавливать на время проверки работу предприятий.

Сотрудники ФАС России не имеют права проникать в жилище, даже если оно используется для осуществления предпринимательской деятельности проверяемого. Поэтому санкции прокурора или суда для осмотра, осуществляемого антимонопольным органом в ходе «рейда на рассвете», не требуется.

Представляется, что антимонопольная служба будет только приветствовать введение обязательной санкции суда на осуществление внеплановой выездной проверки. Эта законодательная инициатива расширит ее полномочия и позволит осматривать жилища сотрудников проверяемого, в том числе их личные вещи, и пресекать выявленное нарушение, приостанавливая деятельность предприятия-

С введением ограничений на поставку некоторых видов продуктов питания только такой механизм контроля, как внеплановые выездные проверки, позволяет выявить ценовые сговоры.

нарушителя или применяя другие обеспечительные меры.

Следующий тезис о том, что осмотр помещений и документов проверяемого лица является по сути ОРМ, очевидно несостоятелен для каждого, кто имеет хотя бы общие представления о том, что такое оперативно-розыскная деятельность. Она всегда проводится с целью получения доказательств виновности преступника. У юридических лиц, проверяемых ФАС России, не может быть вины в совершении какого-либо преступления. Российское законодательство не предусматривает для них уголовной ответственности. Поэтому сравнение «рейдов на рассвете» с ОРМ выдает правовой дилетантизм таких «экспертов».

Вряд ли все эти аргументы неочевидны для тех, кто пытается убедить общественность, что полномочия ФАС России в части проведения внеплановых выездных проверок надо сократить. Именно на это и направлена дискуссия, развернувшаяся в СМИ. По всей видимости, если такой ажиотаж вызван всего несколькими десятками проверок, это говорит об их эффективности.

Действительно, внеплановые выездные проверки ФАС России полностью соответствуют общемировой практике и уже доказали свою результативность в нашей стране. Они позволили изобличить участников нескольких очень крупных картелей, контролировавших миллиардные обороты на социально значимых товарных рынках. Например, картель о разделе оптовых поставок лососевых из Норвегии, по ограничению вылова и поддержанию цен на минтай, по разделу лотов на многомиллиардных торгах по поставке лекарственных средств в рамках программы «Семь нозологий» за счет федерального бюджета, о разделе товарного рынка соли, сговор

на торгах по поставке вещевого имущества для нужд МВД России и др. О масштабах картельного бедствия говорят цифры: в 2013 г. сумма штрафов, наложенных на участников антиконкурентных соглашений, достигла почти 4 млрд руб.

Сегодня, когда введены ограничения на поставку некоторых видов продуктов питания, только такой механизм контроля, как внеплановые выездные проверки, позволяет выявить ценовые сговоры. Иные методы борьбы с картелями неэффективны, что подтверждает вся мировая практика. У государства со свободной рыночной экономикой нет других способов защитить интересы потребителей в области ценообразования.

Поэтому опасаться широких полномочий ФАС России могут лишь те хозяйствующие субъекты, кто понимает, что в результате «рейда на рассвете» обнаружатся их незаконные действия. Добросовестных участников рынка эта проблема волновать не может, они должны понимать, что *дискуссия во многом надуманна, а ажиотаж создан искусственно.*

Статистика

В ЕГРЮЛ зарегистрировано более 7 млн хозяйствующих субъектов. По данным бизнес-омбудсмана России, в 2013 г. в РФ органами государственной власти проведено 2,7 млн проверок, из них внеплановых 50%, т.е. примерно 1 млн 350 тыс.

В прошлом году Управление по борьбе с картелями ФАС России провело 62 внезапных проверки. Из них только 9 в отношении предприятий малого бизнеса: 6 случаев подозрений в сговорах на торгах, 3 случая были связаны с крупными компаниями. В результате практически всех проверок были выявлены признаки антимонопольного нарушения.