

«Следствие охотнее возбуждает дела по статье 178 УК, когда есть сопутствующие составы преступлений»

Как выявляют признаки состава преступления по статье 178 УК «Ограничение конкуренции»? Как доказывают картельные сговоры и почему следствие не спешит с возбуждением уголовных дел о картелях? На эти и другие вопросы отвечает начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России Андрей Петрович Тенишев.

— Андрей Петрович, в последнее время ст. 178 УК «Ограничение конкуренции», можно сказать, ожила. В каких отраслях чаще всего удается выявить и доказать картельный сговор?

— Да, уголовные дела о преступном ограничении конкуренции стали возбуждаться после того, как в августе 2017 года Президент России дал поручение об ужесточении уголовной ответственности за картели и об организации взаимодействия антимонопольных и правоохранительных органов.

Только в прошлом году по ст. 178 УК «Ограничение конкуренции» возбуждено 24 дела, из них семь направлено в суд с обвинительным заключением. В первом полугодии текущего года возбуждено 10 уголовных дел, из них одно направлено в суд. Состоялось пять обвинительных приговоров.

При этом уголовно-правовая норма об ограничении конкуренции применяется, когда должностные лица компаний-конкурентов

договорились между собой разделить рынки, поддержать или поднять цены. Но если в антиконкурентных соглашениях участвуют государственные заказчики или представители органов власти, то уголовная ответственность наступает за должностные преступления. У нас примерно треть антимонопольных дел об антиконкурентных соглашениях возбуждается по фактам сговоров с органами власти либо по фактам сговоров картелей с органами власти. Как правило, в этих случаях следователи охотнее возбуждают уголовные дела о должностных преступлениях и по совокупности уголовные дела о картельных соглашениях. Это происходит потому, что методики выявления и расследования должностных преступлений наработаны, а по уголовным делам о картелях таких методик нет. Судебная практика по уголовным делам данной категории только начинает формироваться. Поэтому встает вопрос о создании подотрасли современной криминалистики — анти-



монопольной криминалистики. Необходимо разработать новые, адаптированные для нужд антимонопольных органов технические, тактические и методические средства и приемы выявления не только преступных ограничений конкуренции, но и антимонопольных правонарушений, а также фиксации, исследования, оценки и использования доказательств. Это, на мой взгляд, очень перспективное направление научных исследований, имеющих неопределимое практическое значение.

Если говорить об отраслях, то картели чаще всего выявляются при закупках медицинского оборудования и медикаментов, а также в строительной отрасли. Все приговоры объединяет, скорее, не предмет закупок, а то, что эти преступления совершены на электронных торгах. Как известно, государство проводит закупки на электрон-

ных торговых площадках согласно закону о контрактной системе¹. Кроме того, на электронные торги добровольно перешли госкомпании, так как проводить такие торги гораздо удобнее. Если аукцион проходит в Москве, то участнику не надо лететь из Владивостока, чтобы голосовать карточкой и давать ценовые предложения. Это можно делать из дома, со своего компьютера, из офиса и т. д. Это удобно и для нас как для контролеров, поскольку все действия, которые производятся на электронной торговой площадке, нам видны и оставляют электронные следы, которые легко фиксируются.

— **Зафиксированные действия могут быть доказательствами по уголовному делу?**

— Да. Например, данные о том, кто и когда зарегистрировался, кто из участников и какие

1 Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

ценовые предложения подал, чьей электронной цифровой подписью заверены заявки, кто подписал госконтракт, с какого компьютера все эти ценовые предложения были поданы. Если есть основания, возбуждаем антимонопольные дела, а после этого передаем сведения в правоохранительные органы. По уголовным делам в качестве доказательств используется и переписка по электронной почте, а также результаты оперативно-розыскных мероприятий, например записи телефонных переговоров или контроля сообщений.

— По каким данным вы можете обнаружить признаки ценового сговора? Когда видите, что номинально разных участников торгов контролирует одно и то же лицо или заявки идут с одних и тех же компьютеров?

— Обычно отправная точка любого уголовного дела — это данные, которые выявила наша служба. Но много картельных и иных антиконкурентных соглашений выявляют правоохранители и делятся с нами полученной информацией. Тогда процесс обратный: материалы уголовного дела становятся основанием для возбуждения дела антимонопольного. Что касается признаков, то их много. Мы анализируем десятки параметров, по которым можно вычислить картельное соглашение.

Если говорить о корпоративных связях, то есть нюансы. Когда в соглашении участвуют подконтрольные одному лицу участники, например, если оно владеет более 50% долей в уставном капитале или у компаний один генеральный директор, то тут нельзя говорить о картеле. Иначе получится, что одно и то же лицо сговаривается само с собой — абсурд. Но если участники имеют корпоративные связи, но при этом не контролируют друг друга, например участие 20% в уставном капитале, то можно предположить, что один участник аукциона с целью ограничения конкуренции каким-то образом, неправовым естественно, может влиять на решения, принимаемые вторым участником торгов.

Однако корпоративные связи — это не главный признак ценового сговора. Главный индикатор — поведение цены. Закон запрещает договариваться о повышении, поддержании, понижении цены. Если это госзакупки, например, то цена должна снижаться. Если торги на продажу — повышаться. Если она не снижается, а в торгах систематически участвуют одни и те же компании, то можно подозревать ценовой сговор. Конечно, одних подозрений мало. Для вынесения решения по делу о картеле нужны неопровержимые доказательства того, что поддержание цены на торгах произошло вследствие сговора компаний-конкурентов.

Сейчас мы ведем разработку программного комплекса «Большой цифровой кот». Он уже ловит недобросовестных участников, выявляет их подозрительное поведение. Например, показывает, что компании много раз выходили на торги и не снижали цену, и так несколько лет. Программа может вычислять корпоративные и исторические связи по персоналиям компаний, и за новым юристом спрятаться не удастся. Дальше мы будем настраивать эту программу на поиск и фиксацию цифровых доказательств, их первичный анализ. Но конечный анализ доказательств, оценка их относимости, допустимости и достаточности останется за человеком.

— Вы сказали, что по уголовным делам о картелях пока нет методик расследования. Но их, наверное, и не будет, если не работать практику?

— Конечно, опыта и не будет, если его не рабаывать. Основные проблемы уголовной ответственности по ст. 178 УК связаны, по моему мнению, с несовершенством законодательства. Во всем мире одним из главных способов обнаружения картелей является leniency program — программа освобождения от ответственности признавшихся участников картелей. У нас она работает в антимонопольном процессе и совершенно не ра-

ботаает в уголовном. Это первая проблема. Для того чтобы компания была освобождена от административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, она должна прийти к нам сама, признаться в картеле и представить доказательства того, что участвовала в картеле.

Для того чтобы освободить от уголовной ответственности менеджмент компании, которая участвовала в картеле, примечанием 3 к ст. 178 УК предусмотрен ряд условий. Подозреваемый должен явиться первым, сотрудничать со следствием и возместить весь ущерб, причиненный преступлением. Возместить ущерб нужно не за себя лично как за физическое лицо, а за все компании, которые участвовали в картеле. Речь может идти о сотнях миллионов и миллиардах рублей. Это несправедливо и невыполнимо. Поэтому антимонопольная служба ежегодно принимает более сотни заявлений о признании в картеле и никто не идет к следователям и оперативникам, чтобы признаться в картельном сговоре.

Вторая проблема: если компания большая, то в картеле может участвовать несколько человек. Скажем, директора компаний договорились о поддержании цены, потом поручили начальнику тендерного отдела, который проработал детали торгов и поручил исполнение специалисту. Получается, что только в одной компании участвовали два или три соучастника. Если директор решит признаться, то остальным будет грозить уголовная ответственность, и это опять же не стимулирует директора рассказать о сговоре добровольно.

По поручению Президента России Правительство РФ внесло в Госдуму законопроект, который частично эту проблему решает. Лицо, которое признается в картеле, чтобы освободиться от уголовной ответственности, должно будет возместить ущерб только за себя, а не за всех участников сговора.

Я полагаю, что законодателю стоит предусмотреть право на освобождение от уголовной ответственности для всех работников

юрлица, которое призналось в картеле. Хотят ли они этим правом воспользоваться или будут доказывать свою невиновность — это их выбор. Кроме того, считаю, что освободить от уголовной ответственности необходимо без условия возмещения ущерба в том случае, если подозреваемый сотрудничает со следствием и представил доказательства вины всего остального картеля. Законодателю необходимо решить, какая цель стоит перед этой нормой: возмещение ущерба или раскрытие картеля? Более важно, на мой взгляд, раскрыть картель, иначе возмещать будет некому и нечего. Тогда доказывать картели будет легче. У нас получилось наоборот: во главу угла мы поставили возмещение ущерба.

Еще одна проблема связана с тем, что диспозиция ст. 178 УК сформулирована крайне неудачно: «ограничение конкуренции путем заключения ограничивающего конкуренцию соглашения...». Это уже тавтология. Кроме того, норма бланкетная и отсылает к запретам в антимонопольном законодательстве. Но в законодательстве картель запрещен *per se*, как таковой. Презюмируется, что любой картель ограничивает конкуренцию. Тогда у следователей и у судов возникает вопрос: надо доказывать ограничение конкуренции или нет?

С точки зрения антимонопольного законодательства это презумпция, и доказывать ее не нужно. Но в диспозиции ст. 178 УК это элемент состава преступления, и, значит, доказывать ограничение конкуренции нужно. Такие противоречия не идут на пользу правоприменению, ставят следователей и суды в сложную ситуацию.

Сложность составляют толкование и применение ч. 1 и 2 ст. 178 УК. Так, в ч. 2 предусмотрен квалифицирующий признак — заключение картеля с использованием служебного положения. То есть ч. 1 предполагает, что картель может быть заключен без использования служебного положения. Но как без использования служебного поло-

ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

жения можно договориться о разделе рынка или поддержании цены? Соберутся два дворника и договорятся «разделить» аукционы по уборке дворовых территорий? Но это зачастую становится лазейкой для недобросовестных следователей, чтобы ничего не делать. Они квалифицируют деяние по ч. 1 ст. 178 УК. Это преступление небольшой тяжести, по которому срок давности привлечения к ответственности — два года. Следствие этим пользуется, может отказать в возбуждении дела или прекратить уголовное дело за истечением срока давности. Иногда по одним и тем же обстоятельствам следователи отказывают в возбуждении дела по 10–15 раз.

— Вы сказали также, что примерно треть антимонопольных дел возбуждается по фактам сговоров с органами власти? Значит, следствию «ценнее» заняться коррупцией, чем сложной ст. 178 УК?

— Выявляя картель, действительно зачастую удается установить сговор заказчика и участника торгов. Приведу пример из конкретного дела. Участники торгов сначала договорились между собой не снижать цену при проведении аукционов. Результат сговора — цены не снижены или снижены минимально — на 0,5%. Выгодно? Несомненно. Но могут прийти конкуренты, не входящие в картель, и снизить цену. Иногда такое снижение достигало 20%. Чтобы избежать таких рисков, участники картеля начинают договариваться с заказчиком и предлагают ему отклонять заявки всех посторонних участников, чтобы обеспечить им победу. Дальше жадность берет свое и картель начинает договариваться с заказчиком о завышении начальной (максимальной) цены контракта и отклонении заявок тех, кто мог бы прийти и конкурировать за столь привлекательный лот. В нашем случае НМЦК

завысили втрое, а разницу разделили между собой. На мой взгляд, верно было бы квалифицировать содеянное как картель, хищение и злоупотребление должностными полномочиями. Следователь квалифицировал все как мошенничество. Это спорный подход, хотя признаки хищения тут, конечно, есть.

Но практика меняется. Следствие охотнее возбуждает дела по ст. 178 УК, когда есть смежные составы преступлений. При этом оно стало внимательнее относиться к доводам о возбуждении дела только по ст. 178 УК.

Интересный с точки зрения квалификации кейс рассматривается сейчас в Абаканском городском суде Республики Хакасия. Следствие и государственное обвинение посчитали, что картель (это по своей правовой природе группа лиц по предварительному сговору или организованная группа) вырос до преступного сообщества, и предъявили обвинение участникам картеля по ст. 210 УК. Основания для этого были: картель действовал длительное время, состоял из нескольких организованных групп, имел единое руководство и был структурирован, имел коррупционные связи и признаки устойчивости. Прения сторон в суде закончились, осталось узнать, каков будет приговор. На компании, участвовавшие в этом картеле, ФАС России наложила административные штрафы на сумму более 240 млн руб.

Прецедентное в плане доказывания и квалификации уголовное дело о картеле рассматривается в Самаре. Сейчас еще точка в деле не поставлена, и будет интересно, чем закончится его рассмотрение².

— Спасибо, что нашли время ответить на наши вопросы.

— И вам спасибо за встречу.

Беседовал Ислам Рамазанов

2 Приговор Самарского районного суда г. Самары от 31.07.2019 по делу № 1-4/2019 отменен апелляционным определением Самарского областного суда от 29.08.2020 по делу № 22-685/2020.