



ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ РАЗВИТИЯ НАУКИ
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

С. В. Максимов, К. А. Утаров

**УГОЛОВНАЯ ПОЛИТИКА
В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ
КОНКУРЕНЦИИ
ЦЕЛИ И ВОЗМОЖНОСТИ**

**Москва
2018**

УДК 343.1 (470)
ББК 67.408 (2Рос)
М17

Под редакцией
к. э. н. В. П. Заварухина

Рецензенты:

А. П. Тенишев, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России

Т. Г. Смирнова, заведующая сектором исследования проблем развития конкуренции ИПРАН РАН, к. ю. н.

Максимов С. В., Утаров К. А.

Уголовная политика в сфере защиты конкуренции: цели и возможности. Монография / Под ред. В. П. Заварухина. – М.: ИПРАН РАН, 2018. – 80 с.

ISBN 978-5-91294-119-1

Настоящая работа рекомендована для опубликования в качестве монографии ученого совета ИПРАН РАН (протокол № 5/18 от 7 июня 2018 г.).

В книге исследуются вопросы гносеологии уголовной политики в сфере конкуренции. Дана оценка двадцатилетней практики борьбы с антиконкурентной преступностью. Рассмотрена проблема «асимметрии» антимонопольных запретов в российском конкурентном (анти-монопольном) законодательстве и Уголовном кодексе Российской Федерации. Предлагается классификация преступлений, совершаемых в сфере конкуренции. Рассматривается проблема применимости Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности для целей борьбы с картелями в России и других государствах – членах Европейского экономического союза (ЕАЭС). Сформулированы предложения по внесению изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе в целях заключения Антикартельной конвенции ЕАЭС как открытого международного договора. Предложены общие и специальные меры по совершенствованию политики борьбы с антиконкурентной преступностью в России.

Адресуется научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических и экономических вузов, правоприменителям, законодателям.

ISBN 978-5-91294-119-1

© Максимов С. В., 2018

© Утаров К. А., 2018

© ИПРАН РАН, 2018 (оформление)

При перепечатке ссылка обязательна.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	5
ВВЕДЕНИЕ.....	7
О целях уголовной политики в сфере конкуренции	10
Изменения в уголовной политике в сфере конкуренции и уголовная статистика.....	18
О критериях криминализации нарушений антимонопольного законодательства.....	22
Проблема «асимметрии» антимонопольных запретов в конкурентном (антимонопольном) законодательстве и уголовном законодательстве	25
Вопросы квалификации преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ	32
Уголовно-правовая характеристика основного и квалифицированного составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ	33
Признаки квалифицированного состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 178 УК РФ	42
О смежных составах административных правонарушений	46
Проблемы уголовно-процессуального и оперативно-разыскного обеспечения применения ст. 178 УК РФ	52
Проблема гармонизации уголовно-правовой политики государств – членов ЕАЭС.....	55
Основные различия в характеристике составов антиконкурентных преступлений по уголовному законодательству ЕАЭС	61

Проблема применимости Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности для целей борьбы с картелями.....	66
Перспективы принятия Антикартельной конвенции Евразийского экономического союза	70
Общие и специальные вопросы развития политики борьбы с антиконкурентными преступлениями	73
Список литературы	80
Сведения об авторах	75

ПРЕДИСЛОВИЕ

Подготовленная в Институте проблем развития науки РАН монография проф. С. В. Максимова и к. ю. н. К. А. Утарова является одним из первых научных результатов недавно образованного в ИПРАН сектора исследования проблем развития конкуренции. Идее создания научного подразделения, которое бы занялось разработкой проблематики конкуренции (в том числе в науке), предшествовал ценный опыт участия нашего Института в работе Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции, сопредседателем которого является руководитель ФАС России И. Ю. Артемьев.

Решающее влияние на наш выбор оказал подписанный 21 декабря 2017 г. Президентом Российской Федерации В. В. Путиным Указ № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции». Этот Указ, впервые в истории страны, признал *активное содействие развитию конкуренции* «приоритетным направлением деятельности Президента Российской Федерации, Федерального Собрания Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, Центрального банка Российской Федерации, федеральных органов исполнительной власти, законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, а также органов местного самоуправления».

На наш взгляд, Российская академия наук не может быть в стороне от решения задач, поставленных главой Государства, поскольку большинство из них носит наукоемкий характер, требует комплексных инновационных подходов. Кроме того, эффективность самих научных исследований во многом определяется состоянием реальной, а не «библиометрической» конкуренции в науке. В этой связи РАН несомненно должна выработать собственное концептуальное видение целей и механизмов развития конкуренции в российской науке, в том числе в таких ключевых секторах, как государственный заказ на выполнение приоритетных НИР, гособоронзаказ. От успешности решения этой задачи во многом будет зависеть будущее нашей страны и ее науки, будущее самой Академии.

Одним из наиболее серьезных барьеров для развития страны является глубокая картелизация экономики, которая по оценкам антимонопольного

регулятора охватывает до 80–90% отдельных отраслей. Не случайно в новой Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года, которая утверждена Президентом России 13 мая 2017 г., к основным задачам развития системы государственного управления, прогнозирования и стратегического планирования в сфере экономики было отнесено предотвращение картельных сговоров (п. 16).

О сложности задачи декартелизации российской экономики говорит тот факт, что несмотря на большие усилия, которые предпринимаются для ее решения с момента создания в стране антимонопольных органов, заметных успехов достигнуть не удалось. Одна из причин этого, как правильно подчеркивают авторы публикуемого исследования, состоит в комплексности проблемы, которая не может быть разрешена лишь за счет усиления контроля и мер юридической ответственности (хотя без этих мер нельзя обойтись). Таким образом, ключевые решения еще только предстоит выработать. Уверен, что активное сотрудничество нашего Института и конкурентного ведомства в решении этой и многих других задач защиты и развития конкуренции обязательно принесет полезные нашей стране и российской науке плоды.

Научный руководитель ИПРАН РАН,
член-корреспондент РАН
Л.Э. Миндели

ВВЕДЕНИЕ

Уголовная политика представляет собой едва ли не самую консервативную часть государственной политики, которая не может и в обозримом будущем не сможет обходиться без принуждения. Эта черта уголовной политики роднит ее с войной особого рода, именуемой борьбой с преступностью. Борьба с преступностью названа нами «войной особого рода» не только потому, что «противник» государства ни разу не был побежден полностью и окончательно, но еще и потому, что этот «враг» одновременно является и электоратом, и наемным работником, и налогоплательщиком, частью экономики и даже частью государственного аппарата. Основная причина данного противоречия состоит, по-видимому, в том, что борьба с преступностью, в сущности, отражает извечную борьбу каждого человека с самим собой – своим духовным и нравственным несовершенством.

Экономическая преступность, так же как и насильственная, является внешним проявлением этого несовершенства, выражающим неудержимую тягу к обогащению, обладанию наибольшим количеством денег и вещей, приобретению неограниченной и неотчуждаемой власти над ними, к завладению всем, что способно приносить деньги и создавать вещи, и, наконец, к устранению всего, что мешает воплощать эти страсти.

Изучение истории экономической преступности и борьбы с ней неизбежно должно приводить любого исследователя к мысли, что нет такого преступления или иного злодеяния, на которое бы не был способен человек, полностью подчинивший себя этой тяге.

К сожалению, до настоящего времени ни одному государству не удалось найти и реализовать такую модель развития, которая бы отрицала необходимость экономического роста и соперничества хозяйствующих субъектов как одного из неотъемлемых инструментов такого роста. Даже хорошо известной из опыта нашей страны директивно-плановой модели развития экономики не был свойственен (да и не предполагался) полный отказ от конкуренции хозяйствующих субъектов, в чем наглядно можно было убедиться на примере соревнования НИИ и предприятий оборонно-промышленного комплекса СССР.

Не имея возможности отказаться от поощрения экономического соревнования хозяйствующих субъектов, государство вынуждено его регули-

ровать, поскольку неограниченная свобода конкуренции неизбежно приводит к тому, что «сильные» поедают «слабых» и тем самым неосознанно вредят самим себе, замедляя, а то и обращая вспять развитие экономики.

Одним из таких регуляторов объективно служит уголовная политика в сфере конкуренции. Значение и место уголовной политики в системе регулирования экономики в целом и экономического соперничества в частности опасно не только переоценивать, но и недооценивать.

Уголовное наказание представляет собой наиболее суровую и одновременно наименее желательную форму государственного реагирования на нарушения хозяйствующими субъектами установленных законодательством правил конкуренции. Принципиальное отличие уголовной ответственности от иных видов юридической ответственности (гражданско-правовой и административной) заключается в том, что она всегда связана с существенными личными потерями для виновного гражданина, которые он не может «разделить» с организацией или государством. Лишь в некоторых странах такие потери квазиличного характера (деловая репутация, наименование) могут относиться и к юридическим лицам. В сущности, уголовная ответственность есть последний «сторож» духовных, нравственных и правовых запретов, распространяющихся на экономическое поведение людей и в значительно меньшей степени на поведение компаний.

Несмотря на то что в настоящей работе освещаются преимущественно уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты проблем уголовной политики, авторы считают своим долгом обратить внимание заинтересованных читателей (в том числе настоящих и будущих законодателей и правоприменителей) на системный характер этих проблем. Попытки разрешить их как исключительно правовые проблемы вне связи с их духовным, нравственным, экономическим содержанием обречены на неудачу.

Зарубежный опыт формирования и реализации уголовной политики защиты конкуренции и возможности его применения в России почти не рассматриваются в этой работе по двум причинам. В-первых, потому, что эта тема, несомненно, заслуживает отдельного глубокого исследования. Во-вторых, авторы исходят из того, что правовые идеи, нормотворческие и правоприменительные решения, успешно реализуемые в чужой правовой почве, как правило, не могут быть без ущерба и для самих этих идей и решений, и для целостности национальной правовой системы успешно им-

плементируются последней. Формальная имплементация национальным законодателем положений ратифицированных международных договоров не должна вводить исследователя в заблуждение относительно существа проблемы. То, что эффективно «работает» в одной правовой системе, зачастую не может столь же эффективно работать в другой, если между этими системами есть существенные отличия.

В данной работе авторы посчитали оправданным затронуть лишь вопросы уголовно-правовой политики защиты конкуренции в государствах – членах Евразийского экономического союза (ЕАЭС). Прежде всего потому, что правовые системы государств, вошедших в состав ЕАЭС, обладают наивысшей степенью родства и наиболее развитым механизмом взаимной интеграции, а также потому, что формирование и реализация общей политики в сфере защиты конкуренции не могут без ущерба для интересов бизнеса и населения государств-участников быть отделены от решения проблемы существенных различий в уголовной ответственности за одинаковые антиконкурентные нарушения в разных государствах – членах ЕАЭС. По мнению авторов, единство таможенного пространства ЕАЭС является первой, но вполне достаточной предпосылкой для того, чтобы приступить к выработке единой уголовной политики ЕАЭС в сфере экономики в целом и в сфере защиты конкуренции в частности.

Пользуясь случаем, авторы выражают признательность научным редакторам и рецензентам Л. Э. Миндели, В. П. Заварухину, Т. Г. Смирновой и А. П. Тенишеву за полезные и доброжелательные рекомендации и замечания к этой работе.

О ЦЕЛЯХ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ КОНКУРЕНЦИИ

Ключевым вопросом любой политики (в том числе и политики борьбы с преступностью) является определение ее целей и средств их достижения.

Уголовная политика обычно рассматривается как неотъемлемая часть политики вообще. По Аристотелю политика (от др.-греч. *πολιτική* – государственная деятельность) представляет собой искусство и одновременно умение (науку) государственного управления, основной целью которого является достижение общего блага, привитие гражданам высоких нравственных качеств, в том числе чувства справедливости [1].

Современное понимание уголовной политики как сложной государственной функции, включающей как собственно уголовно-правовую политику, так и уголовно-процессуальную, пенитенциарную, оперативно-разыскную и криминологическую (предупреждение преступности некарательными средствами) политики, формировалось под значительным влиянием трудов Ф. фон Листа, Г. Тарда, Э. Ферри, А. Принса¹. Уже в начале XX в. С. К. Гогель рассматривал уголовную политику как учение, по сути, о всех существующих мерах борьбы с преступностью [2]. В отечественной науке эта традиция постепенно оформилась в общую теорию уголовной политики в 1970–1980-х гг. (В. Н. Кудрявцев, Г. М. Миньковский, Л. Д. Гаухман, Э. Ф. Побегайло, П. Н. Панченко и др.)². Такое понимание уголовной политики, на наш взгляд, не нарушает представления *о единстве ее карательно-превентивной природы*. Напротив, обязывает помнить об опасности забвения о системном содержании уголовной политики.

Если основываться на преобладающих в конкурентном праве взглядах на сущность конкуренции, то *уголовную политику в сфере конкуренции* целесообразно рассматривать как *государственное управление борьбой с преступностью в сфере экономического соперничества*, т. е. соревнования:

¹ См., например: *Лист Франц ф.* Задачи уголовной политики, в изложении Бориса Гурвича. С.-Петербург. Типо-Литография К. Л. Пентковского, 1895. 142 с.; *Принс А.* Преступность и репрессия / Пер. под ред., с предисл. В. В. Пржевальского. М.: Изд-во «Кн. маг. Гросман и Кнебель», 1898. 228 с.

² См., например: *Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация* / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М.: Наука, 1982. С. 16.

1) субъектов *рыночных* отношений за лучшие условия и результаты *коммерческой* деятельности, т. е. деятельности, основной целью которой является получение *прибыли* (*первая точка зрения*);

2) *любых* «хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке» – п. 7 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции»³ (*вторая точка зрения*, отражающая позицию законодателя применительно к целям защиты конкуренции).

Для получения правильного ответа на вопрос о том, каковы цели уголовной политики в сфере конкуренции, важно учитывать принципиальные различия понятий «преступления, совершаемые в *сфере* конкуренции» и «преступления *против* конкуренции».

Первое, по нашему мнению, включает, в сущности, *любые виды* преступлений, которые совершаются в связи с соперничеством хозяйствующих субъектов ради получения скорейшей и наивысшей прибыли в экономическом смысле этого понятия.

На сегодня УК РФ предусматривает ответственность по меньшей мере за *80 видов преступлений*, которые нередко совершаются в связи с соперничеством хозяйствующих субъектов для получения *прибыли*⁴. Большинство из рассматриваемых видов преступлений обладает специфической латентностью, т. е. свойством быть «невидимыми» для официальной уголовной статистики как преступления, связанные с конкуренцией. Эта особенная латентность обусловлена тем, что ни уголовное, ни уголовно-процессуальное, ни оперативно-разыскное законодательство не ставят, да и не могут по понятным причинам ставить перед следователем (дознавателем) вопрос о выявлении именно антиконкурентной (монополистической) мотивации этих преступлений. Согласно одному из общих правил квалификации преступлений выявлению и доказыванию подлежат лишь те признаки состава преступления, которые прямо указаны в тексте уголовного закона.

³ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

⁴ Систематика этих преступлений будем рассмотрена позже. – *Прим. авт.*

В этой связи становится понятным почему *официальный мониторинг* преступности в сфере конкуренции *не осуществляется*. Неофициальный мониторинг (включая немногочисленные диссертационные исследования) носит выборочный, элементарный, несистематический характер⁵.

В отличие от преступлений, совершаемых в сфере конкуренции, преступления *против конкуренции*, на наш взгляд, представляют собой уголовно наказуемые деяния, направленные на ограничение (в том числе полное, временное или окончательное), уничтожение легальной, т. е. отвечающей требованиям законодательства (в широком значении этого понятия), конкуренции.

На 1 мая 2018 г. в УК РФ был криминализован только один вид преступлений *против конкуренции* – *ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством РФ, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере* (ст. 178 УК РФ).

По данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в 2015–2017 гг. по ст. 178 УК РФ не было осуждено ни одного лица⁶, что можно считать классическим примером «запаянной криминологической воронки», когда, несмотря на значительную распространенность этого общественно опасного явления, обвинительные приговоры по соответствующей категории уголовных дел практически не выносятся, т. е. уголовная ответственность не наступает. Так, по данным А. Ю. Кинева и О. П. Франскевич, в 2014 г. ФАС России было вынесено 173 решения о признании картелями соглашений между хозяйствующими субъектами-конкурентами, по которым МВД России было возбуждено 6 уголовных дел по ст. 178 УК РФ, и лишь одно дело (!) было направлено в суд [3]. В 2016 г. ФАС России было возбуждено более 300 дел о картелях. За один год число выявленных картелей возросло более чем на 18%, в том числе на 28,4% на торгах. Только в сфере строительства в 2016 г. при проведении 140 аукционов в 50 субъектах РФ были выявлены признаки картелей на сумму около 7 млрд руб.

⁵ См., например: *Следь Ю. Г.* Уголовно-правовая защита от недобросовестной конкуренции: Автореф: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Ижевск, 2007. 26 с.

⁶ Отчет о числе осужденных по всем составам преступлений Уголовного кодекса Российской Федерации. Форма № 10-а // <http://www.cdpr.ru>. Дата обращения: 1.05.2018.

Таким образом, незаконный доход в среднем по одному аукциону составлял около 50 млн руб., из чего следует, что даже в случаях, когда картель создавался для участия в одном аукционе, средний размер незаконного дохода соответствовал объективному криминообразующему критерию основного состава преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ.

По оценке А. П. Тенишева – начальника Управления ФАС России по борьбе с картелями, суммарный ущерб от всех картелей в 2016 г. мог достигать 1,5–2% валового внутреннего продукта [4].

Среди целей уголовной политики в сфере конкуренции (равно как и среди целей уголовной политики вообще) важно различать *идеальные цели* (конечные и промежуточные), понимаемые как наилучшие желаемые результаты, к которым нужно стремиться независимо от того, можно ли их достичь когда-либо или нет, и *реалистичные цели* (конечные и промежуточные), которые могут быть достигнуты на деле посредством правильной организации государственного управления и при благоприятном стечении обстоятельств.

В качестве *конечной идеальной цели* уголовной политики в сфере конкуренции следует, по-видимому, рассматривать *предупреждение 100% преступлений*, совершаемых физическими лицами в связи с соперничеством хозяйствующих субъектов за получение скорейшей и наивысшей прибыли.

Промежуточной идеальной целью той же политики, на наш взгляд, может быть признано *достижение неотвратимости уголовной ответственности за каждое преступление в сфере конкуренции* (включая преступления против конкуренции), т. е. состояния, когда все физические лица, виновные в совершении таких преступлений, несут уголовную ответственность.

Названные виды целей уголовной политики в сфере конкуренции, по нашему мнению, *не только недостижимы на практике, но и не осознаны* в необходимой мере ни законодателем, ни правоприменителями. Тем не менее важность такого осознания трудно переоценить, поскольку оно является первой предпосылкой для формулирования реалистичных целей уголовной политики.

Законодателями разных стран (в том числе России) в разные периоды истории предпринимались попытки достичь неотвратимости уголовной ответственности, которые почти никогда не удавалось реализовать в сколь угодно значительном масштабе. Л. Н. Гумилевым была описана практика

массовых казней чиновников в Китайской империи I века за коррупционные преступления, которая распространялась также на их родственников и, как известно, не принесла ожидаемых благих результатов [5]. И по сей день в Китае казнят много чиновников без заметного устойчивого успеха. Рядом исследований (в частности, проводившимися в нашей стране проф. М. М. Исаевым в 1920-х гг., проф. А. И. Марцевым в 1960–1970-х гг., одним из авторов в 1980–1990-х гг.)⁷ был зафиксирован феномен готовности значительной части людей совершить преступление даже при полной уверенности в неизбежности наказания. До настоящего времени государству не удавалось найти эффективное средство самоосуждения каждым человеком самого себя в момент появления мысли о преступлении, не говоря уже о средстве, которое бы исключало само возникновение такой мысли.

Таким образом, возможности уголовной политики, включая все известные средства предупреждения преступлений, по-видимому, ограничены тем, что нельзя исправить или предупредить никакими средствами государственного влияния, а именно *несовершенством духовной природы человека*.

Реалистичная конечная цель уголовной политики в сфере конкуренции, по нашему мнению, заключается в формировании массового неприятия (отрицания) уголовно-наказуемых способов соперничества хозяйствующих субъектов ради получения прибыли, в том числе посредством создания картелей.

На практике это означает, в частности, фактическое устранение доминирования картелей на всех уровнях и во всех секторах экономики. В качестве *реалистичной промежуточной цели* той же политики может быть провозглашено *снижение реального числа преступлений, совершаемых в сфере конкуренции и против конкуренции*.

Для воплощения *реалистичных целей* уголовной политики в сфере конкуренции, на наш взгляд, потребуется сформировать условия:

- для постепенной трансформации карательно-превентивной модели уголовной политики в превентивно-карательную модель;
- роста духовно-нравственной мотивации предпринимательской активности;

⁷ См., например: *Марцев А. И., Максимов С. В. Общее предупреждение преступлений и его эффективность* / Под ред. М. И. Ковалева. Томск: Изд-во Томского гос. ун-та, 1989. С. 43.

- добровольного (естественного) отказа от идеологии поощрения непрерывного роста материального потребления.

Последняя задача представляется нам не очередным подобием утопии, а длительным и болезненным этапом в развитии цивилизации, которая будет вынуждена найти решение данной задачи для того, чтобы не исчезнуть.

Об истории криминализации посягательств на интересы конкуренции

Уголовная ответственность за посягательства на установленный порядок конкуренции была введена в России в 1845 г. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных в ст. 1130 гл. II «О нарушении постановлений для обеспечения народного продовольствия» отд. Второго «О противозаконных действиях для перекупа и непомерного повышения или понижения цены на жизненные припасы» разд. VIII «О преступлениях и проступках против общественного благоустройства и благочиния» устанавливало ответственность за «оптовый скуп предметов продовольствия на торгах прежде установленного на то времени»⁸. В ст. 1615 того же акта (гл. XIII «О нарушениях Уставов Торговых») предусматривалась ответственность за «стачку торговцев или промышленников для повышения цены не только предметов продовольствия, но и других необходимой потребности товаров или непомерного понижения этой цены, в намерении стеснить действия привозящих и доставляющих эти товары, а через то препятствовать и дальнейшему в большем количестве привозу оных»⁹, а в ст. 1619 той же главы названного Уложения – за склонение иных лиц подарками, обещаниями или иным образом не участвовать в торгах при продаже недвижимого или движимого имущества с публичных торгов или при торгах подрядов, поставок или откупов¹⁰.

Аналогичная норма была воспроизведена в ст. 242 Уголовного уложения 1903 г.: «...торговец или промышленник, виновный в чрезмерном поднятии цены на предметы продовольствия или иные предметы необходимой

⁸ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. С-Петербург: Тип. 2 отделения Собств. Е. И. В. канцелярии, 1845. С. 463.

⁹ Там же. С. 640.

¹⁰ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. С. 642.

потребности по соглашению с другими торговцами этими предметами или промышленниками»¹¹.

В новейшее время необходимость уголовно-правовой защиты конкуренции была признана законодателем в начале 1990-х гг. в связи с возвратом страны к рыночному укладу экономики после принятия Закона РФ от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»¹². В соответствии с данным законодательным актом в 1992 г. в УК РСФСР 1960 г. была включена ст. 175¹ «Нарушение антимонопольного законодательства», а в 1993 г. – ст. 154³ «Незаконное повышение или поддержание цен», которые в дальнейшем неоднократно подвергались изменениям.

Статья 175¹ УК РСФСР предусматривала ответственность должностных лиц органов власти, управления или хозяйствующих субъектов за невыполнение законных предписаний Антимонопольного комитета РФ, если они в течение года подвергались административному взысканию за те же действия. Статьей 154³ УК РСФСР было криминализовано «незаконное повышение или поддержание цен, совершенное в результате монополистической деятельности путем создания препятствий доступу на рынок другим хозяйствующим субъектам, либо изъятия товаров из обращения, либо сдерживания их от реализации, либо другого устранения от потребителей». Данная статья весьма неполно и неоднозначно определяла наиболее опасные формы монополистической деятельности, устанавливая уголовную ответственность не только для должностных, но и для других лиц, действующих от имени хозяйствующих субъектов или государственных органов. Борьба с указанными деяниями (как и с другими хозяйственными преступлениями) в 1990-е гг. в силу правовых и организационных недостатков была малоэффективной.

Уточненные базовые положения уголовной ответственности за посягательства на установленный порядок конкуренции при осуществлении экономической деятельности законодатель закрепил в ст. 178 «Монополистические действия и ограничение конкуренции» УК РФ, вступившего в силу с 1 января 1997 г. К числу подлежащих уголовному преследованию

¹¹ Новое уголовное уложение, выс. утв. 22 марта 1903 г.: С прил. предм. алф. указ. Неофиц. изд. – Санкт-Петербург: Кн. маг. В. П. Анисимова, 1903. С. 90.

¹² Ведомости СНД и ВС РСФСР. 18.04.1991. № 16. Ст. 499.

форм монополистических действий и ограничения конкуренции были отнесены: 1) раздел рынка, 2) ограничение доступа на рынок, 3) устранение с него других субъектов экономической деятельности, 4) установление или 5) поддержание единых цен.

В первоначальной редакции в ч. 1 ст. 178 УК РФ, с одной стороны, были указаны лишь отдельные формы монополистических действий и ограничения конкуренции, а с другой – состав преступления был сформулирован как формальный, т. е. *наступление каких-либо общественно опасных последствий не являлось обязательным признаком оконченного преступления*. Тем самым законодатель определил предпосылки для пресечения отдельных форм монополистической деятельности на ранних стадиях их реализации.

ИЗМЕНЕНИЯ В УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКЕ В СФЕРЕ КОНКУРЕНЦИИ И УГОЛОВНАЯ СТАТИСТИКА

Динамика зарегистрированной антиконкурентной преступности за последние 20 лет отличается крайней неравномерностью.

В течение первых семи лет после вступления УК РФ 1996 г. в силу число зарегистрированных преступных посягательств на установленный порядок конкуренции почти непрерывно росло. Если в 1997 г. было зарегистрировано 13 преступлений, ответственность за которые предусмотрена ст. 178 УК РФ, то в 1998 г. – 23, в 1999 г. – 36, в 2000 г. – 42, в 2001 г. – 64, в 2002 г. – 48, 2003 г. – 61¹³. Вместе с тем за все это время реальному осуждению были подвергнуты единицы виновных¹⁴.

В результате первой волны гуманизации уголовного законодательства в конце 2003 г.¹⁵ основной формальный состав преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, был заменен материальным путем дополнения его объективной стороны новым обязательным признаком – наступление последствия в виде крупного ущерба на сумму не менее 1 млн руб. Вполне ожидаемо число регистрируемых преступлений этого вида заметно снизилось: в 2006 г. было зарегистрировано 2 преступления; в 2007 г. – 8; в 2008 г. – 14; в 2009 г. – 8 преступлений. Даже после существенной модернизации ст. 178 УК РФ в 2009 г. (о чем уже говорилось выше), когда в качестве одного из альтернативных признаков объективной стороны основного состава преступления, который характеризует один из видов обязательных последствий, был закреплен относительно простой для выявления и фиксации оперативными и процессуальными средствами признак «извлечение дохода в крупном размере», число регистрируемых антиконкурентных преступлений не возросло.

¹³ О едином учете преступлений за 1997–2001 гг.: Экспресс-информ. М., 2002. С. 199; О едином учете преступлений за 2002 г.: Экспресс-информ. М., 2003. С. 6; О едином учете преступлений за 2003 г.: Экспресс-информ. М., 2004. С. 7.

¹⁴ Например, в 1997 г. по ст. 178 УК РФ был осужден 1 человек, в 1998 г. – 1, в 1999 г. – 2, в 2000 г. – 20, в 2001 г. – 4, в 2002 г. – 4, в 2003 г. – 1 человек (см.: Уголовный закон в практике районного суда / Под ред. А. В. Галаховой. М., 2007. С. 323, 324).

¹⁵ Федеральный закон от 08.12.2003 № 162-ФЗ (ред. от 07.12.2011) «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 15.12.2003. № 50. Ст. 4848.

Федеральным законом от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ в ст. 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции» в УК РФ был внесен ряд изменений, отражающих существенные перемены в отношении государства к роли уголовного закона как инструмента защиты интересов честной конкуренции в нашей стране. Указанные изменения вступили в силу 30 октября 2009 г.¹⁶

Этим изменениям предшествовал длительный процесс разработки законопроекта, стартовавший в апреле 2006 г. Первоначальный вариант был разработан с участием специалистов Института государства и права РАН в рамках конкурса, объявленного ФАС России¹⁷, а затем дорабатывался и согласовывался с участием представителей всех заинтересованных сторон (Администрации Президента Российской Федерации, Минюста России, Минэкономразвития России, МВД России). Несмотря на то что принятый законодателем вариант новой редакции ст. 178 УК РФ заметно отличался от первоначальной конкурсной разработки Института государства и права РАН, ключевые новеллы остались почти нетронутыми.

В течение первого года (2010 г.) после внесения в ст. 178 УК РФ названных выше изменений было зарегистрировано 9 преступлений, ответственность за которые предусмотрена ст. 178 УК РФ¹⁸, в 2012 г. – 5¹⁹, в 2014 г. – 6 преступлений, лишь по одному из которых уголовное дело было направлено в суд²⁰.

Эти показатели в среднем были на 2–3 порядка ниже числа выявленных административных правонарушений сопоставимых видов²¹.

В марте 2015 г. по инициативе ФАС России законодатель внес в УК РФ ряд дополнительных изменений, направленных на концентрацию уси-

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 03.08.2009. № 31. Ст. 3922.

¹⁷ В разработке данного законопроекта также принимал участие проф. В. В. Лунеев. – *Прим. авт.*

¹⁸ О едином учете преступлений за 2006–2010 гг.: Экспресс-информ. М., 2011. С. 21, 22.

¹⁹ Единый отчет о преступности. Сведения за 2012 г. Ф. 1-ЕГС (491). М., 2013. С. 24.

²⁰ Там же.

²¹ Например, в 2014 г. ФАС России рассмотрел 1438 дел о нарушении ст. 14.32 КоАП РФ «Заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности» (см., например: *Кинев А. Ю., Франскевич О. П.* Указ. соч. С. 160).

лий правоохранительных органов на борьбе с наиболее опасным видом преступлений в сфере конкуренции – крупными картелями²².

Данный эффект предполагалось достигнуть за счет: 1) ограничения числа уголовно-наказуемых форм антиконкурентных действий картелями и 2) повышения минимальных размеров альтернативных криминообразующих последствий до сумм, превышающих 10 млн руб. – для ущерба и 50 млн руб. – для незаконного дохода.

Одновременно была предпринята попытка активизировать сотрудничество лиц, виновных в создании картелей, со следствием и тем самым повысить эффективность досудебного расследования этой категории преступлений и усилить так называемые судебные перспективы этого расследования. Для этого в примечаниях к ст. 178 УК РФ были уточнены требования к деятельному раскаянию соучастников преступления, чтобы установить дополнительные гарантии освобождения от уголовной ответственности того, кто первым из числа соучастников добровольно сообщит о преступлении и будет активно способствовать его раскрытию и (или) расследованию, возместит причиненный преступлением ущерб или иным образом загладит причиненный вред (п. 3).

Эти изменения, к сожалению, оказались недостаточными для того, чтобы стимулировать активность правоохранительных органов в части усиления борьбы с общественно опасными картелями. В 2016 г. было зарегистрировано всего 3 преступления, предусмотренных ст. 178 УК РФ. При этом ни одного уголовного дела не было направлено в суд²³.

Анализ двадцатилетней практики борьбы с антиконкурентной преступностью показывает, что ключ к решению проблемы низкой эффективности такой борьбы лежит не только в сфере уголовного законодательства, но и в сфере уголовного процесса, оперативно-разыскной деятельности и криминологической профилактики, т. е. всего комплекса средств уголовной политики.

²² Федеральный закон от 08.03.2015 № 45-ФЗ «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 09.03.2015. № 10. Ст. 1415.

²³ Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2016 год. М.: ФАС России, 2017. С. 17 // <https://fas.gov.ru/documents/596439>. Дата обращения: 15.05.2018.

Так, антимонопольные органы, которые сегодня обладают необходимой информацией о нарушениях антимонопольного законодательства, не наделены полномочиями регистрации преступлений и самостоятельного возбуждения уголовных дел по ст. 178 УК РФ, а правоохранительные органы, имеющие такие полномочия, как правило, не располагают необходимой информацией и могут получить ее лишь от антимонопольного органа.

Самостоятельное, т. е. без участия ФАС России, возбуждение уголовных дел следователями следственных подразделений МВД России опять же, как правило, заканчиваются их «развалом» еще на стадии составления обвинительного заключения.

При этом подлинные причины систематического развала многомиллиардных дел о картелях не вскрываются, а действиям должностных лиц, виновных в этом, не дается должная оценка.

Очевидная на сегодня неэффективность мер уголовной ответственности за общественно опасное антиконкурентное поведение (криминальные картели), на наш взгляд, является достаточным основанием для системной реформы уголовной политики в сфере конкуренции, успешность которой во многом зависит от решения общих проблем уголовной политики.

О КРИТЕРИЯХ КРИМИНАЛИЗАЦИИ НАРУШЕНИЙ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Как показывает анализ практики уголовного законотворчества, при решении вопросов о необходимости и целесообразности криминализации, т. е. введения уголовной ответственности за то или иное общественно опасное поведение, законодатель обычно руководствуется совокупностью следующих критериев:

1) соответствующее поведение противоречит духовным законам, которых придерживается социальное большинство, в частности, одному из основных духовных законов всех современных религий: «не делай другому того, чего не желаешь себе»;

2) соответствующее поведение является осуждаемым большинством граждан, противоречит нормам морали (т. е. нравственности, поддерживаемой государством);

3) соответствующее поведение причиняет реальный существенный вред основным правоохраняемым социальным ценностям (как правило, получившим отражение в Основном законе государства) или создает реальную угрозу причинения такого вреда;

4) затраты, необходимые для реализации мер ответственности за поведение, причиняющее материальный вред или создающее угрозу причинения такого вреда, сопоставимы с размерами соответствующего вреда;

5) иные меры ответственности – моральной и юридической (гражданско-правовой, дисциплинарной, административной) – являются неэффективными или недостаточно эффективными для предупреждения и пресечения такого поведения или воспринимаются большинством граждан как явно несправедливо мягкие;

6) соответствующее поведение не является настолько массовым, чтобы считаться нормой поведения социального большинства;

7) государство располагает достаточными ресурсами для того, чтобы обеспечивать профилактику, выявление, учет и реализацию мер уголовной ответственности (включая уголовное наказание), соответствующие характеру и степени общественной опасности подлежащего криминализации поведения.

Общественная опасность как объективный признак любого преступления, по нашему мнению, прежде всего состоит в том, что соответствующие действия (бездействие) заключают в себе такую угрозу правам или правоохраняемым интересам неопределенного числа физических и юридических лиц, публично-правовых образований, государства и народа в целом, которая закономерно (типично, как правило) приводит к причинению реального вреда этим правам и интересам, в результате чего последние вообще не могут быть реализованы или могут быть реализованы после финансовых или иных затрат, превышающих или как минимум сопоставимых с выгодами от реализации ненарушенных прав и интересов.

В истории любого государства можно найти немало примеров тому, что страсть к обогащению способна преодолевать духовные, нравственные и правовые препятствия, оставляя законодателю и гражданам небольшую надежду на способность уголовного закона вызывать у потенциального нарушителя страх перед наказанием. К сожалению, та же история свидетельствует о тщетности этой надежды во всех случаях, когда государство не может обеспечить неотвратимость наказания за преступление или минимально необходимый уровень интенсивности ответственности²⁴.

Бессмысленно и даже вредно для государства вводить уголовно-правовые запреты тогда, когда нарушения закона легко предупредить (прежде всего с точки зрения материальных затрат на превенцию). Например, если для предотвращения нарушения достаточно лишь однажды письменно предупредить потенциального правонарушителя о том, что его действия создают угрозу причинения вреда правоохраняемым интересам.

По-видимому, бессмысленно криминализировать нарушающее закон экономическое поведение в том случае, когда административное наказание и механизм рассмотрения дела об административном правонарушении обеспечивают условия возмещения причиненного таким поведением вреда и низкую вероятность рецидива.

²⁴ Неотвратимость ответственности – это так называемое качественное свойство, не имеющее степеней интенсивности. Фраза «усилить неотвратимость ответственности», в сущности, лишена смысла. Неотвратимость либо существует, и тогда все правонарушители несут такую ответственность, либо не существует, если хотя бы один виновный не несет ответственности. – *Прим. авт.*

Криминализация экономического поведения также теряет смысл, если оно уже стало настолько массовым, что введение уголовно-правового запрета изначально предопределяет управляемую избирательность, а значит, и несправедливость уголовного преследования.

Возможно, именно этими соображениями в основном и руководствовался российский законодатель, устанавливая и изменяя границы уголовной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства.

ПРОБЛЕМА «АСИММЕТРИИ» АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЗАПРЕТОВ В КОНКУРЕНТНОМ (АНТИМОНОПОЛЬНОМ) ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Сущность проблемы состоит в плохо осознаваемом законодателем и правоприменителями несоответствии системы, формы и содержания запретов, нашедших отражение в Законе о защите конкуренции, системе, форме и содержанию корреспондирующих уголовно-правовых запретов. В таком несоответствии нет ничего априори недопустимого или нежелательного, поскольку не форма действия (бездействия) определяет наказуемость, а значимость той или иной социальной ценности, а также характер и степень (тяжесть, глубина) причиняемого ей вреда. Любое действительное или кажущееся несоответствие сопоставимых антимонопольных запретов в конкурентном (антимонопольном) и уголовном законодательстве заслуживает отдельного исследования.

Важно подчеркнуть, что значительно более серьезную проблему для законодателя и правоприменителя составляет *неполная сопоставимость антимонопольных запретов в конкурентном (антимонопольном) законодательстве и законодательстве об административных правонарушениях*, поскольку отсутствие административного наказания за нарушение антимонопольного запрета почти автоматически лишает последний (за редкими исключениями гражданского характера) нормативного правового значения, превращая его в декларацию или рекомендацию, т. е. в псевдозапрет.

Внешнее несоответствие, с которым неизбежно сталкивается любой исследователь проблемы несопоставимости *антимонопольных* запретов в конкурентном (антимонопольном) и уголовном законодательстве, проявляется во внешней «асимметрии» самих запретов.

Законом о защите конкуренции установлены *16 запретов* на нарушение порядка осуществления конкуренции, которые могут быть объединены *в пять групп*:

I группа – запреты, направленные на предупреждение и пресечение монополистической деятельности (глава 2), включающие:

1) запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением (ст. 10);

2) запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (ст. 11);

3) запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (ст. 11¹);

II группа – запреты, направленные на предупреждение и пресечение недобросовестной конкуренции (глава 2¹), включающие:

1) запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации (ст. 14¹);

2) запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение (ст. 14²);

3) запрет на недобросовестную конкуренцию путем некорректного сравнения (ст. 14³);

4) запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (ст. 14⁴);

5) запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с использованием результатов интеллектуальной деятельности (ст. 14⁵);

6) запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения (ст. 14⁶);

7) запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с незаконным получением, использованием, разглашением информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну (ст. 14⁷);

8) запрет на иные формы недобросовестной конкуренции (ст. 14⁸);

III группа – запреты, направленные на предупреждение и пресечение ограничивающих конкуренцию актов, действий (бездействия), соглашений, согласованных действий федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, иных структур, осуществляющих функции указанных органов, организаций, участвующих в предоставлении государственных или муници-

пальных услуг, а также государственных внебюджетных фондов, ЦБ РФ (глава 3):

1) запрет на ограничивающие конкуренцию акты и действия указанных выше органов и организаций (ст. 15);

2) запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия указанных выше органов и организаций (ст. 16);

IV группа – запреты, направленные на предупреждение и пресечение нарушений установленного порядка проведения торгов, запроса котировок цен на товары, запроса предложений, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении торгов, запроса котировок цен на товары (глава 4):

1) запрет на совершение действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении торгов, запросов котировок цен на товары (ст. 17);

2) запрет на заключение договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, без проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров (ст. 17¹);

V группа – запреты на нарушение порядка предоставления преференций (глава 5), к которым относится один вид запрета – запрет на использование государственной или муниципальной преференции в целях, не соответствующих указанным в заявлении о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции целям (ст. 19).

Действующий УК РФ (в отличие от Закона о защите конкуренции) закрепляет единственный запрет, непосредственно направленный на предупреждение и пресечение нарушений установленного порядка осуществления конкуренции, – запрет на картели (ст. 178 «Ограничение конкуренции») при наличии одного или обоих последствий в виде причинения ущерба и извлечения незаконного дохода в размерах, превышающих установленные в примечаниях к ст. 178 УК РФ.

Следует ли из этого, что нарушение иных запретов, установленных Законом о защите конкуренции, не может влечь уголовной ответственности? Нет, не следует.

Преобладающую часть системы уголовно-правовых запретов на общественно опасное поведение в сфере конкуренции составляют положения косвенного характера, т. е. запреты на совершение действий (актов бездействия), *типично сопряженных с нарушениями антимонопольного законодательства*, запрещаемыми в соответствии с Законом о защите конкуренции. К ним, в частности, относятся:

- нарушение изобретательских и патентных прав (ст. 147 УК РФ);
- вымогательство (ст. 163 УК РФ);
- причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием (ст. 165 УК РФ);
- воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности (ст. 169 УК РФ);
- незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ);
- производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт товаров и продукции без маркировки и (или) нанесения информации, предусмотренной законодательством Российской Федерации (ст. 171¹ УК РФ);
- принуждение к совершению сделки или отказу от ее совершения (ст. 179 УК РФ);
- незаконное использование товарного знака (ст. 180 УК РФ);
- незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну (ст. 183 УК РФ);
- манипулирование рынком (ст. 185³ УК РФ);
- злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200⁴ УК РФ);
- подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок (ст. 200⁵ УК РФ)²⁵;

²⁵ Федеральный закон от 23.04.2018 № 99-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 30.04.2018. № 18. Ст. 2569.

- злоупотребление полномочиями (ст. 201 УК РФ);
- злоупотребление полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа (ст. 201¹ УК РФ)²⁶;
- коммерческий подкуп (ст. 204 УК РФ);
- незаконное осуществление медицинской деятельности или фармацевтической деятельности (ст. 235 УК РФ);
- незаконное производство лекарственных средств и медицинских изделий (ст. 235¹ УК РФ);
- обращение фальсифицированных, недоброкачественных и незарегистрированных лекарственных средств, медицинских изделий и оборот фальсифицированных биологически активных добавок (ст. 238¹ УК РФ)²⁷;
- злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ);
- нецелевое расходование бюджетных средств (ст. 285¹ УК РФ);
- нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов (ст. 285² УК РФ);
- злоупотребление должностными полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа (ст. 285⁴ УК РФ);
- другие виды общественно опасных деяний, ответственность за которые установлена в УК РФ, *мотивом которых выступает конкурентная борьба хозяйствующих субъектов или одним из последствий которых выступает ограничение конкуренции по неосторожности*. Число видов таких деяний, как уже отмечалось, достаточно велико, поскольку мотивация недобросовестного соперничества, стремление любыми средствами (информационными, технологическими, правовыми, экономическими, насильственными) потеснить своего конкурента или даже уничтожить его предопределяет многообразие форм преступной активности.

²⁶ Федеральный закон от 29.12.2017 № 469-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 01.01.2018. № 1 (ч. I). Ст. 53.

²⁷ Федеральный закон от 31.12.2014 № 532-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия обороту фальсифицированных, контрафактных, недоброкачественных и незарегистрированных лекарственных средств, медицинских изделий и фальсифицированных биологически активных добавок» // Собрание законодательства РФ. 05.01.2015. № 1 (ч. I). Ст. 85.

Как точно заметил в середине позапрошлого века английский публицист Томас Даннинг (цитату из работы которого использовал К. Маркс в знаменитом «Капитале»), «капитал боится отсутствия прибыли или слишком маленькой прибыли, как природа боится пустоты. <...> ...При 300% нет такого преступления, на которое он не рискнул бы, хотя бы под страхом виселицы. Если шум и брань приносят прибыль, капитал станет способствовать тому и другому. Доказательство: контрабанда и торговля рабами» [6].

К преступлениям, которым нередко *свойственна мотивация экономического соперничества*, на наш взгляд, могут быть отнесены: убийство из корыстных побуждений или по найму (п. «3» ч. 2 ст. 105 УК РФ); угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью (ст. 119 УК РФ); клевета (ст. 128¹ УК РФ); воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов (ст. 144 УК РФ); различные виды мошенничества (ст. 159–159⁶ УК РФ); организация деятельности по привлечению денежных средств и (или) иного имущества (ст. 172² УК РФ); незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица (ст. 173¹ УК РФ); незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица (ст. 173² УК РФ); легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем (ст. 174 УК РФ); легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления (ст. 174¹ УК РФ); незаконное получение кредита (ст. 176 УК РФ); злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности (ст. 177 УК РФ); контрабанда алкогольной продукции и (или) табачных изделий (ст. 200² УК РФ); дача взятки (ст. 291 УК РФ); фальсификация доказательств и результатов оперативно-разыскной деятельности (ст. 303 УК РФ); заведомо ложный донос о совершении преступления (ст. 306 УК РФ); подделка, изготовление или сбыт поддельных документов, государственных наград, штампов, печатей, организация незаконной миграции (ст. 322¹ УК РФ), бланков (ст. 327 УК РФ) и др. Неудивительно, что среди перечисленных видов преступлений не могли не оказаться контрабанда алкогольной продукции и (или) табачных изделий и организация незаконной миграции, о которых писал Т. Даннинг еще в 1860 г.

Часть перечисленных видов преступлений также может иметь своими последствиями существенное ограничение конкуренции или создание реальной угрозы такого ограничения (например, получение за взятку статуса

единственного поставщика для государственных нужд, мошенническое обращение в свою собственность активов основного конкурента или принуждение его к совершению сделки слияния).

На то, что соответствующей мотивации и последствиям не дается уголовно-правовой оценки, а масштабы и тяжесть реальности преступности, угрожающей конкуренции не оцениваются и не прогнозируются должным образом, указывает тот факт, что редкие случаи возбуждения уголовных дел о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, являются еще более редкими применительно к совокупности данного преступления и какого-либо из перечисленных выше видов преступлений.

Взаимосвязь этих преступлений с нарушениями антимонопольного законодательства может быть выявлена лишь в результате анализа материалов конкретных уголовных дел, которые нужно найти среди сотен тысяч других уголовных дел. В связи с этим можно с некоторой степенью уверенности утверждать, что статистическая картина антиконкурентной преступности в действительности не полна.

Решение данной проблемы посредством включения признака «то же деяние, сопряженное с нарушением запрета, установленного антимонопольным законодательством» в качестве квалифицирующего признака всех указанных выше составов преступлений *представляется тупиковым*, поскольку расследование по десяткам тысяч уголовных дел будет отягощено необходимостью выявлять и доказывать мотивацию экономического соперничества или наступление опасных для состояния конкуренции последствий (в том числе в виде реальной угрозы наступления таких последствий).

Тем не менее данный шаг для законодателя, на наш взгляд, был бы вполне оправданным применительно к преступлениям, совершаемым в сфере государственных и муниципальных закупок, поскольку (как уже отмечалось ранее) имеются достаточно надежные и многократно проверенные данные о масштабной картелизации торгов.

ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТ. 178 УК РФ

Статья 178 «Ограничение конкуренции» УК РФ состоит из трех частей и примечаний, включающих четыре пункта. Формируя действующую ныне редакцию указанной статьи, законодатель четырежды вносил в последнюю изменения: (федеральные законы от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ, от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ, от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ, от 8 марта 2015 г. № 45-ФЗ).

Последним федеральным законом были декриминализованы не только неоднократное злоупотребление доминирующим положением, которое причинило крупный или особо крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном или особо крупном размере, но и картельные соглашения, которыми причинялся ущерб на сумму от 1 млн до 10 млн руб. или с помощью которых извлекался доход в размере от 5 млн до 50 млн руб.

Преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 178 УК РФ, относится к преступлениям небольшой тяжести (ч. 2 ст. 15 УК РФ). Следует учитывать, что приготовление к преступлению небольшой тяжести не подлежит уголовному наказанию (ч. 2 ст. 30 УК РФ). Квалифицированные составы того же преступления, предусмотренные в ч. 2 и 3 ст. 178 УК РФ, относятся к категории тяжких (ч. 4 ст. 15 УК РФ).

В ч. 1 ст. 178 УК РФ дается описание основного (институтивного) состава преступления, в ч. 2 – квалифицированного, в ч. 3 – особо квалифицированного состава.

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНОГО И КВАЛИФИЦИРОВАННОГО СОСТАВОВ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТ. 178 УК РФ

Основным непосредственным объектом преступного посягательства для всех видов составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, на наш взгляд, выступает общественное отношение к конкуренции в сфере экономической деятельности, к безопасности конкуренции в сфере экономической деятельности, а также к урегулированному антимонопольным законодательством порядку осуществления конкуренции как к социальным ценностям. Социальная ценность конкуренции в значительной степени определяется тем, что в соответствии со ст. 8 Конституции Российской Федерации гарантированная государством поддержка конкуренции отнесена к *основам конституционного строя*.

Дополнительными альтернативными непосредственными объектами рассматриваемого преступного посягательства для всех видов составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, выступают связанные с конкуренцией законные имущественные интересы граждан и организаций, а также охраняемые законом имущественные интересы государства, законные интересы получения дохода от экономической деятельности, законные интересы потребителей в части, относящейся к удовлетворению потребностей в товарах при наименьших затратах на их приобретение.

К дополнительным альтернативным специальным объектам преступного посягательства для всех видов квалифицированных и особо квалифицированных составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по нашему мнению, относятся: интересы службы (п. «а» ч. 2); право собственности и безопасность права собственности (п. «б» ч. 2); свобода, телесная неприкосновенность или здоровье другого человека – при применении насилия (ч. 3); безопасность свободы, телесной неприкосновенности, здоровья или жизни другого человека – при угрозе применения насилия (ч. 3).

В качестве потерпевшего от указанного выше преступления (ст. 42 УПК РФ) могут рассматриваться:

а) юридическое лицо, имуществу и (или) деловой репутации которого причинен ущерб в крупном или особо крупном размере (ст. 42 УПК РФ);

б) физическое лицо, которому причинен имущественный ущерб в крупном или особо крупном размере либо имущественный ущерб в соответствующем размере и физический вред здоровью (в случае применения насилия) или моральный вред (в случае угрозы применения насилия) (ч. 3 ст. 178 УК РФ).

При этом не имеет значения гражданство физического лица и место регистрации юридического лица.

Предмет имеется лишь у той формы рассматриваемого преступления, которая включает в качестве признака объективной стороны имущественную выгоду в виде денег или иного имущества (для преступления, сопряженного с извлечением дохода).

Объективная сторона основного состава рассматриваемого преступления включает действия по ограничению конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством РФ, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере.

Понятие картеля раскрывается в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, согласно которой *картель* – это соглашение: 1) между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т. е. хозсубъектами, осуществляющими *продажу товаров* на одном товарном рынке, или 2) между хозяйствующими субъектами, осуществляющими *приобретение товаров* на одном товарном рынке²⁸, при условии, что такие соглашения *приводят или могут привести* к наступлению одного или нескольких из числа названных ниже последствий:

1) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;

2) повышение, снижение или поддержание цен на торгах;

²⁸ Данный вид соглашения стал признаваться картелем после внесения соответствующих изменений в Закон о защите конкуренции упоминавшимся ранее Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ. – *Прим. авт.*

3) раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

4) сокращение или прекращение производства товаров;

5) отказ от заключения договора с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Если исходить из правил систематического толкования уголовно-правовой нормы, то картель будет иметь место не только тогда, когда соответствующее соглашение привело к любому из перечисленных последствий, но и тогда, когда возникла реальная угроза наступления любого из таких последствий. Из этого следует, что установленное законодателем обязательное для уголовной наказуемости картеля условие в виде причинения ущерба или извлечения дохода на определенную сумму сужает понятие картеля, получившее определение в Законе о защите конкуренции, согласно которому заключение картеля (картельного соглашения) нужно было бы считать окончательным преступлением с момента возникновения реальной угрозы причинения соответствующего ущерба или извлечения дохода в указанном размере. Эта проблема может быть разрешена законодателем путем установления уголовной ответственности: 1) за заключение картельного соглашения с нематериальным последствием в виде *создания угрозы причинения ущерба или извлечения дохода в тех же размерах* или 2) заключение картельного соглашения для *получения доходов в тех же размерах*.

Подобные конструкции составов преступлений законодатель использовал, например, в ч. 1 ст. 215 «Нарушение правил безопасности на объектах атомной энергетики», ч. 1 и 2 ст. 215³ «Приведение в негодность нефтепроводов, нефтепродуктопроводов и газопроводов», ч. 1 ст. 217 «Нарушение правил безопасности на взрывоопасных объектах», ч. 1 ст. 217² «Заведомо ложное заключение экспертизы промышленной безопасности», ч. 2 ст. 225 «Ненадлежащее исполнение обязанностей по охране оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств», ст. 247 «Нарушение правил обращения экологически опасных веществ и отходов», в ч. 4 ст. 272 «Неправомерный доступ к компьютерной информации», ч. 3 ст. 273 «Создание, использование и распространение вредоносных компьютерных программ», ч. 2 ст. 274 «Нарушение правил эксплуатации средств хранения,

обработки или передачи компьютерной информации и информационно-телекоммуникационных сетей» и ряде других.

Обязательные альтернативные или совокупные последствия рассматриваемого состава преступления включают одно или оба из числа указанных в ч. 1 ст. 178 УК РФ последствий: 1) ущерб, сумма которого превышает 10 млн руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству (п. 2 примечаний); 2) доход, сумма которого превышает 50 млн руб. (п. 1 примечаний).

Понятие *ущерба* применительно к ст. 178 УК РФ законодателем не определено. Отсутствуют также разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, касающиеся толкования данного понятия применительно к составу рассматриваемого преступления. Использование толкований понятия ущерба, которое Пленум Верховного Суда РФ давал применительно к иным составам преступлений, на наш взгляд, оспоримо в силу требований упоминавшейся ч. 2 ст. 3 УК РФ²⁹.

Однозначно определенным применительно к характеристике ущерба как одного из альтернативных обязательных последствий уголовно наказуемого ограничения конкуренции можно считать лишь установленный законодателем минимальный размер ущерба, причиненного картелем, достижение которого является обязательным признаком уголовно наказуемого картеля. Таким образом, использованное законодателем при конструировании основного и квалифицированного составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, понятие «ущерб» является *относительно оценочным* (или понятием, имеющим оценочные признаки), т. е. определяемым преимущественно самим правоприменителем каждый раз при применении соответствующей уголовно-правовой нормы.

Тем не менее свобода усмотрения для правоприменителя в этом случае, на наш взгляд, ограничивается не только здравым смыслом и его представлениями о справедливости, но и базовыми определениями понятия

²⁹ Так в п. 17 ныне отмененного Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 14 от 5 ноября 1998 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за экологические правонарушения» (с изм. и доп., внесенными постановлением Пленума от 6 февраля 2007 г. № 7) указывалось, что «преступления, связанные с причинением крупного ущерба, образуют окончанный состав лишь при наличии реального ущерба», из чего можно было сделать вывод о том, что упущенная выгода могла рассматриваться как одна из форм ущерба применительно к неоконченным экологическим преступлениям. – *Прим. авт.*

ущерба, которые используются в гражданском законодательстве. Так, по смыслу п. 2 ст. 15 ГК РФ разграничивается *реальный ущерб* – нарушение прав, утрата или повреждение его имущества и *упущенная выгода* – доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.

В этой связи *ущерб деловой репутации* юридического лица может рассматриваться как один из видов упущенной выгоды. Так, в Обзоре практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016, отмечается, что «ущерб деловой репутации организации может быть причинен распространением порочащих сведений как о самой организации, так и в отношении лиц, входящих в ее органы управления, а также работников этой организации» (п. 12), «распространение ложной информации о введении процедуры банкротства в отношении юридического лица, наличии у него значительных долгов наносит ущерб его деловой репутации» (п. 15) [7].

Данные положения конкретизированы в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», согласно которому в *состав реального ущерба* «входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права» (п. 13), а к *упущенной выгоде* относится «неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было» (п. 14)[8].

Указанный подход был применен ФАС России в Разъяснении Президиума Федеральной антимонопольной службы от 11 октября 2017 г. № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» (п. 1.2.2), в соответствии с которым «положения данных Разъяснений также могут быть использованы территориальными органами ФАС России в целях определения *размера ущерба*, причиненного нарушениями антимонопольного законодательства, как обстоятельства, отягчающего в установленных законом случаях администра-

тивную ответственность», в том числе по делам об административно-наказуемых картелях (ст. 14.32 КоАП РФ)³⁰.

Понятие «*доход*», использованное законодателем в характеристике второго альтернативного последствия уголовно наказуемого ограничения конкуренции, по тем же причинам также следует рассматривать как *относительно оценочное*. Вместе с тем при решении вопроса о квалификации деяния по ст. 178 УК РФ правоприменитель, на наш взгляд, не может игнорировать позицию Верховного Суда РФ, изложенную в Постановлении его Пленума от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» (с изменениями, внесенными постановлениями Пленума от 23 декабря 2010 г. № 31 и от 7 июля 2015 г. № 32).

Согласно п. 12 данного постановления под *доходом* применительно к ст. 171 УК РФ «Незаконное предпринимательство» следует понимать «выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением незаконной предпринимательской деятельности» [9]. Данная позиция выработывалась Верховным Судом РФ постепенно, не без противоречивых решений³¹.

Указанное постановление содержит также весьма ценную рекомендацию, согласно которой при «исчислении размера дохода, полученного организованной группой лиц, судам следует исходить из общей суммы дохода, извлеченного всеми ее участниками» (п. 13). Эта рекомендация имеет важное значение для квалификации преступлений по ст. 178 УК РФ, поскольку картельные соглашения, как правило, не могут реализовываться иначе как посредством создания организованных групп, в том числе преступных сообществ (применительно к деяниям, предусмотренным в ч. 2 и 3 ст. 178 УК РФ). В последнем случае, при наличии признаков преступного сообщества (ч. 4 ст. 35 УК РФ), создание картеля должно квалифицироваться также и по ст. 210 УК РФ.

Причинно-следственная связь между соответствующими действиями и любым из указанных последствий должна носить закономерный (типичный, повторяющийся) характер, т. е. не быть случайной, одномоментной

³⁰ <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71687612/#ixzz5FzJ41GMT>. Дата обращения: 15.05.2018.

³¹ См., например: Яни П. С. Доход от незаконного предпринимательства: спорные решения Верховного Суда // Уголовное право. 1999. № 1. С. 44–47.

или кратковременной. В этой связи правоприменителю, по нашему мнению, важно установить, что для получения соответствующего дохода или наступления соответствующего ущерба создание картеля было *необходимым условием*. Из этого не следует, что картель должен быть единственным, т. е. достаточным, условием для извлечения дохода в крупном или особо крупном размере или для причинения крупного (особо крупного) ущерба. Этот вывод основан на очевидности сложной этиологии любого преступления, сущность которой проявляется в том, что никакое действие (бездействие) само себе (т. е. без совершения других действий и без влияния иных условий) не порождает преступление.

Моментом окончания преступления, предусмотренного в ч. 1 ст. 178 УК РФ, соответственно является момент наступления крупного ущерба или момент извлечения дохода в крупном размере. Исходя из определения понятия картеля, содержащегося в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, заключенное, но не реализованное (в силу вмешательства контролирующих или правоохранительных органов, изменения законодательства и других не зависящих от участников данного соглашения обстоятельств) ограничивающее конкуренцию соглашение (картель) для извлечения дохода в крупном или особо крупном размере следует, как правило, рассматривать в качестве *покушения* на преступление (ч. 3 ст. 30), предусмотренное соответствующей частью ст. 178 УК РФ.

В данном случае правоприменителя не должно вводить в заблуждение определение понятия приготовления к преступлению, закрепленное в ч. 2 ст. 30 УК РФ, среди форм которого указывается «сговор на совершение преступления либо иное умышленное создание условий для совершения преступления», поскольку картель, т. е. уже заключенное незаконное соглашение об ограничении конкуренции для извлечения дохода в крупном или особо крупном размере, *есть собственно преступление, а не создание условий для его совершения*.

Соответственно, как *приготовление к преступлению, предусмотренному ст. 178 УК РФ*, должны рассматриваться ведение переговоров об условиях заключения картельного соглашения, поиск других соучастников картеля.

Местом совершения рассматриваемого преступления (в силу ст. 11 и 12 УК РФ) могут служить альтернативно или в любом сочетании любая часть территории РФ, военный корабль, военное воздушное судно, терри-

ториальное море РФ, континентальный шельф РФ, исключительная экономическая зона РФ, судно, приписанное к порту РФ, а также территория любого иностранного государства.

Субъектом преступления применительно к основному составу является физическое, вменяемое (ст. 21 УК РФ), достигшее 16-ти лет на момент совершения преступных действий лицо независимо от гражданства, обладающее соответствующим его роли в совершении преступления статусом.

Так, *исполнителем (соисполнителем)* (ч. 2 ст. 33 УК РФ) рассматриваемого преступления может быть физическое лицо, наделенное управленческими функциями или функциями должностного лица хозяйствующего субъекта, уполномоченного на заключение соответствующего соглашения (или любых соглашений) от имени хозяйствующего субъекта (в силу служебного положения или по специальному полномочию). При решении вопроса о признании того или иного лица исполнителем рассматриваемого преступления следует учитывать, что *понятие лица, выполняющего управленческие функции* в коммерческой или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, определению которому дано в п. 1 примечаний к ст. 201 УК РФ, и понятие должностного лица, определению которому дано в примечаниях к ст. 285 УК РФ, в силу требований ч. 2 ст. 3 УК РФ о недопустимости применения уголовного закона по аналогии *не подлежат непосредственному использованию для квалификации действий исполнителя, предусмотренных ст. 178 УК РФ.*

Организатором рассматриваемого преступления *может быть* любое вменяемое физическое лицо, достигшее 16-ти лет, организовавшее совершение преступления или руководившее его исполнением, а равно лицо, создавшее организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившее ими независимо от наличия специального служебного положения в хозяйствующем субъекте или выполнения специального полномочия от имени хозяйствующего субъекта (ч. 3 ст. 33 УК РФ).

Подстрекателем – любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16-ти лет, *склонившее другое лицо*, участвующее в заключении картельного соглашения, к совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или *другим способом* (ч. 5 ст. 33 УК РФ).

Пособником может выступать также любое вменяемое физическое лицо, достигшее 16-ти лет, содействовавшее заключению картельного соглашения советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно лицо, заранее обещавшее приобрести или сбыть такие предметы (ч. 5 ст. 33 УК РФ).

Субъективная сторона рассматриваемого состава преступления включает вину (психическое отношение физического лица к своим действиям и (или) к их последствиям), характеризующую *прямым умыслом*, когда лицо осознает общественную опасность своих действий, предвидит возможность или неизбежность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере и желает его наступления (ч. 2 ст. 25 УК РФ), или *косвенным умыслом*, когда лицо осознает общественную опасность своих действий (бездействия), предвидит возможность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере, не желает, но сознательно допускает наступление любого из этих последствий либо относится к ним безразлично (ч. 3 ст. 25 УК РФ).

ПРИЗНАКИ КВАЛИФИЦИРОВАННОГО СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО Ч. 2 СТ. 178 УК РФ

Первой формой квалифицированного состава рассматриваемого преступления является совершение деяния лицом с использованием своего служебного положения (п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ).

Под служебным положением понимается такое положение (статус) физического лица, которое используется им для совершения рассматриваемого деяния. К таким лицам относятся не только те, кто наделен полномочиями должностного лица (например, руководитель государственной корпорации (примечания к ст. 285 УК РФ), выполняет управленческие функции в коммерческих или иных организациях, не являющихся органами государственной власти и местного самоуправления или учреждениями последних (примечания к ст. 201 УК РФ), но и иные работники хозяйствующих субъектов, которые используют свой статус для того, чтобы обеспечить или облегчить совершение преступления (советники, помощники, специалисты и др.).

Второй формой квалифицированного состава рассматриваемого преступления является совершение деяния, сопряженного с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства (п. «б» ч. 2 ст. 178 УК РФ).

Под *уничтожением имущества* обычно понимается утрата последним своих потребительских свойств, отвечающих основному назначению данного имущества, при которой восстановление данных свойств невозможно или требует затрат, равных или превышающих стоимость имущества.

Повреждение имущества отличается от его уничтожения тем, что представляет собой частичную утрату имуществом своих потребительских свойств, которые могут быть восстановлены в результате затрат, меньших стоимости самого имущества.

Угроза уничтожением или повреждением имущества – запугивание владельца, собственника соответственно: а) приведением имущества в состояние, при котором оно полностью утрачивает свои качества и ценность и не может быть использовано по назначению даже после ремонта, либо б) причинением вреда имуществу, ухудшающего его качество и исключая

ющего или ограничивающего его использование по назначению без предварительного ремонта.

Для признания угрозы уничтожением или повреждением имущества квалифицирующим признаком преступления, предусмотренного п. «б» ч. 2 ст. 178 УК РФ, на наш взгляд, необходимо принимать во внимание стоимость имущества, уничтожением или повреждением которого угрожают потерпевшему. В этой связи нельзя не учитывать, что уничтожение или повреждение имущества (которые, несомненно, опаснее угрозы совершения таких действий) может рассматриваться как преступление лишь при условии причинения *значительного ущерба* (размер такого ущерба для гражданина, согласно п. 2 примечаний к ст. 158 УК РФ, не может составлять менее 5 тыс. руб.)³², если только речь не идет о способах совершения преступления, указанных в ч. 2 ст. 167 УК РФ. Таким образом, если угроза уничтожением или повреждением имущества относится к имуществу меньшей стоимости, то содеянное, как правило, следует квалифицировать по ч. 1, а не по ч. 2 ст. 178 УК РФ.

На *отсутствие у соответствующей угрозы* уничтожения или повреждения имущества *признаков вымогательства* указывает то, что никто из участников картельного соглашения (лиц, уполномоченных заключить такое соглашение от имени хозяйствующего субъекта) *не использует* такую угрозу для реализации своего требования о передаче ему чужого имущества или прав на него или совершения в его пользу других действий имущественного характера (ч. 1 ст. 163 УК РФ). Если инициатор заключения картеля угрожает другому потенциальному его участнику-конкуренту тем, что прекратит подачу электроэнергии для его предприятия непрерывного технологического цикла, если тот не согласится их передать в собственность или не заключит соглашения о разделе рынка, то содеянное подлежит квалификации не только по соответствующей части ст. 178 УК РФ, но и по ст. 163 УК РФ. При этом вопрос об ответственности лица, в отношении которого была применена данная форма шантажа (в случае если картельное соглашение было заключено), за заключение картельного соглашения должен решаться с учетом положений ст. 39 и 40 УК РФ.

³² Умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества, если эти действия не повлекли причинение значительного ущерба, влечет ответственность по ст. 7.17 КоАП РФ. – *Прим. авт.*

Третья форма квалифицированного состава уголовно наказуемого ограничения конкуренции – совершение деяния, причинившего особо крупный ущерб либо повлекшего извлечение дохода в особо крупном размере (п. «в» ч. 2 ст. 178 УК РФ). Согласно пункту 2 примечаний к ст. 178 УК РФ УК РФ под особо крупным ущербом понимается ущерб, сумма которого превышает 30 млн руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству.

Четвертой формой квалифицированного состава рассматриваемого преступления является совершение деяния, сопряженного с извлечением дохода в особо крупном размере, т. е. на сумму свыше 250 млн руб. (п. 1 примечаний к ст. 178 УК РФ).

Признаки особо квалифицированного состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 178 УК РФ. *Первой формой особо квалифицированного состава* рассматриваемого преступления является совершение деяния, предусмотренного ч. 1 или 2 ст. 178 УК РФ, с применением насилия.

Насилие – общественно опасное противоправное воздействие на организм другого человека, осуществленное против его воли. В российском уголовном праве под насилием понимается лишь физическое насилие [10]. По своему характеру оно может проявляться в воздействии на ткани и органы человека либо в ограничении его свободы, а по степени интенсивности – быть неопасным или опасным для жизни или здоровья и влечь различный по степени тяжести вред здоровью или смерть либо не влечь причинения такого вреда (например, в случае нанесения побоев). Применение в целях понуждения к заключению картельного соглашения или в целях его реализации насилия, за которое УК РФ предусматривает более строгое наказание (например, убийство, предусмотренное ст. 105 УК РФ, или умышленное причинение тяжкого вреда здоровью – ч. 2, 3 ст. 111 УК РФ), требует дополнительной квалификации по соответствующим статьям УК РФ.

Второй формой особо квалифицированного состава рассматриваемого преступления является совершение деяния, предусмотренного ч. 1 или 2 ст. 178 УК РФ, с угрозой применения насилия.

Под угрозой применения насилия обычно понимается устрашение обещанием или демонстрацией возможности применить физическое насилие. Угроза применения насилия при этом должна быть реальной и подлежащей немедленной реализации. Угроза применением насилия в отношении граждан с целью воздействовать на принятие решений органами власти, например для легализации картельного соглашения или отказа от расследования, подлежит дополнительной квалификации по ст. 205 УК РФ как преступление, подлежащее более строгому наказанию.

О СМЕЖНЫХ СОСТАВАХ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

К числу смежных с рассматриваемыми составами преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, относится состав административного правонарушения, объективной стороной которого альтернативно или в совокупности выступают: а) заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, б) осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, в) координация экономической деятельности (ст. 14.32 КоАП РФ).

Признаками, позволяющими отграничивать данный состав административного правонарушения от преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, помимо не подлежащих криминализации форм административно-наказуемого поведения, являются отсутствие последствия в виде крупного или особо крупного ущерба и последствия в виде извлечения дохода в крупном или особо крупном размере.

Вопрос о *составах преступлений, являющихся смежными по отношению к рассматриваемым составам ограничения конкуренции*, прежде всего должен рассматриваться как проблема правильной квалификации уголовно наказуемых нарушений антимонопольного законодательства и, соответственно, выявления и документирования типично сопряженных с такими нарушениями иных видов преступлений, о которых говорилось выше. По нашему убеждению, в этом скрыт значительный потенциал повышения эффективности борьбы с картелями.

Как показывает анализ досудебной и судебной практики расследования по соответствующим уголовным делам, этот потенциал почти не используется. Предопределяемая логикой антимонопольного расследования концентрация усилий субъектов оперативно-разыскной деятельности и следователей органов внутренних дел лишь на выявлении и документировании признаков преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (сведения о котором, имеющие доказательственную ценность, нашли отражение в материалах антимонопольного органа), хотя и является во многих случаях вынужденной мерой (прежде всего из-за ограниченности кадровых ресурсов), не способствует комплексному решению проблемы уголовного преследования за картели. Отчасти этому способствует также и то обстоятельство, что расследование преступлений, организаторами, исполнителями или

иными соучастниками которых выступают должностные лица (в том числе представители власти), отнесено к компетенции Следственного комитета Российской Федерации. В ряде случаев это провоцирует снижение активности МВД России в расследовании по уголовному делу о картеле в предвидении перспективы передачи данного дела по подследственности. Одним из решений данной проблемы могло бы стать отнесение законодателем досудебного расследования по делам о преступлениях, предусмотренных по ст. 178 УК РФ, к подследственности следователей СК России.

Среди всех перечисленных в начале настоящей работы потенциально смежных с рассматриваемыми составами преступлений следует выделить не только составы преступлений, предусмотренные ст. 169, 204, 285, 286 УК РФ на момент принятия данного УК³³, которые уже использовались правоприменителями при квалификации криминальных картелей, но и криминализованные в 2017–2018 гг. общественно опасные деяния в виде злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200⁴ УК РФ), подкупа работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок (ст. 200⁵ УК РФ), злоупотребление полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа (ст. 201¹ УК РФ).

Воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности (ст. 169 УК РФ). Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 169 УК РФ, по нашему мнению, требуется в случае, если:

1) соучастником преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (организатором, пособником или подстрекателем), выступало должностное лицо органа государственной власти или местного самоуправления, наделенное полномочиями по регистрации хозяйствующего субъекта или предоставлению ему лицензии, иное должностное лицо (см. примечания к ст. 285 УК РФ), наделенное властными полномочиями по отношению к хозяйствующему субъекту;

³³ См. также: Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики. Монография / Отв. ред. С. В. Максимов, С. А. Пузыревский. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. 144 с.

2) соответствующее должностное лицо в связи с совершением действий, предусмотренных ст. 178 УК РФ, использовало свое служебное положение: а) для неправомерного отказа в государственной регистрации либо для уклонения от регистрации индивидуального предпринимателя или юридического лица – конкурента участников картеля, организатором или пособником которого является соответствующее должностное лицо; б) неправомерного отказа в выдаче специального разрешения (лицензии) на осуществление определенной деятельности либо для уклонения от его выдачи; в) ограничения прав и законных интересов индивидуального предпринимателя или юридического лица – конкурента участника картеля в зависимости от организационно-правовой формы; г) иного незаконного ограничения самостоятельности либо иного незаконного вмешательства в деятельность индивидуального предпринимателя или юридического лица – конкурента участника картеля.

Коммерческий подкуп (ст. 204 УК РФ). Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 204 УК РФ, на наш взгляд, требуется в том случае, если в целях обеспечения заключения картельного соглашения лицо, действовавшее от имени хозяйствующего субъекта – участника ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), использовало по отдельности или в совокупности:

1) незаконную передачу лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, либо незаконное оказание услуг имущественного характера, либо предоставление иных имущественных прав за совершение действий (бездействие) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением;

2) незаконное получение денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное пользование услугами имущественного характера или другими имущественными правами за совершение действий (бездействие) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением.

Примером может служить уголовное дело, возбужденное в 2016 г. Следственным управлением СК России по Самарской области по факту совершения преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, выразившегося в заключении картельного соглашения между двумя хозяйствующими субъектами – участниками проводившегося 22-мя государственными бюджетными учре-

ждениями здравоохранения в мае 2016 г. открытого аукциона в электронной форме на выполнение работ по техническому обслуживанию и ремонту дорогостоящего медицинского оборудования. По итогам аукциона начальная (максимальная) цена контрактов была снижена лишь на 2,5% и составила более 4,2 млрд руб. В соответствии с картельным соглашением за отказ от участия в аукционе второй участник при содействии заместителя Министра здравоохранения Самарской области получил незаконное вознаграждение в форме гарантированного договора субподряда на сумму около 100 млн руб. с условием не подавать жалобу в антимонопольный орган. Соответствующие действия директора и заместителя директора компании – победителя аукциона были квалифицированы как коммерческий подкуп, предусмотренный п. «а» ч. 2 ст. 204 УК РФ, в отношении заместителя Министра здравоохранения Самарской области было возбуждено уголовное дело по признакам злоупотребления должностными полномочиями, предусмотренного ч. 1 ст. 285 УК РФ³⁴.

Превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ). Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 286 УК РФ, по нашему мнению, требуется в случае, если:

1) соучастником преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (организатором, пособником или подстрекателем), выступало должностное лицо органа государственной власти или местного самоуправления либо их учреждения;

2) такое должностное лицо совершило в интересах хозяйствующего субъекта – участника ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) действия, явно выходящие за пределы его полномочий и повлекшие существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. При этом лицо, заключившее от имени хозяйствующего субъекта ограничивающее конкуренцию соглашение, одновременно становится соучастником должностного преступления, предусмотренного ст. 286 УК РФ.

Пример соответствующей совокупности преступлений нашел отражение в приговоре Новгородского районного суда, которым лица, заключившие картель от имени ООО «Новомост-53» и ООО «СК Балтийский реги-

³⁴ См., например: *Кинев А. Ю., Франскевич О. П.* Классификация антиконкурентных соглашений при проведении торгов // *Картели и иные антиконкурентные соглашения. Проблемы предупреждения, пресечения, административной и уголовной ответственности.* С. 102–103.

он»? были признаны виновными в совершении ряда преступлений в том числе предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции»³⁵, выразившегося в заключении соглашения о поддержании цен на аукционе в электронной форме на право заключения государственного контракта на выполнение работ по строительству мостового перехода через реку Перехода. Совершение данного преступления было бы невозможным без совершения первым заместителем начальника управления Государственного областного казенного учреждения «Новгородавтодор» (заказчика по данному контракту), действий, направленных на координацию деятельности участников аукциона и создания для одного из них (ООО «Новомост-53») преимущественных условий участия в аукционе [11].

Злоупотребление полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа (ст. 201¹ УК РФ). Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 201¹ УК РФ, по нашему мнению, требуется в том случае, если уполномоченный представитель участника картельного соглашения – лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, использовало свои полномочия вопреки законным интересам этой организации в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц при условии, что такое деяние повлекло причинение существенного вреда охраняемым законом интересам общества или государства при выполнении государственного оборонного заказа. В качестве типичного примера такого соглашения может рассматриваться сговор о распределении участия в государственном оборонном заказе в зависимости от ассортимента товаров оборонного назначения при условии, что участники картеля имеют возможность самостоятельного производства тех товаров, которые являются предметом сговора.

Злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200⁴ УК РФ). Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 200⁴ УК РФ, по нашему мнению, требуется в том случае, если в участник картельного соглашения вступил в сговор с работником контрактной службы, контрактным управляющим, членом комиссии по осуществлению закупок, лицом, осуществляющим приемку поставленных товаров, выполненных

³⁵ Наименование ст. 178 УК РФ приведено по состоянию на момент вынесения приговора. – Прим. авт.

работ или оказанных услуг, либо с иным уполномоченным лицом, представляющим интересы заказчика в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд, не являющимся должностным лицом или лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации *с целью обеспечения победы в конкурсе или отмены конкурса* в интересах данного лица или другого участника картеля, при условии, что в результате такого сговора был причинен крупный ущерб, т. е. ущерб, в сумме, превышающей 2,25 млн руб. (примечание к ст. 170² УК РФ).

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО И ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ СТ. 178 УК РФ

В соответствии с действующим Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (УПК РФ) возбуждение уголовных дел и расследование преступлений, предусмотренных ст. 178 УК РФ, относится к компетенции следователей органов внутренних дел (п. 3 ч. 2 ст. 151 УПК РФ) [12].

Поводами для возбуждения уголовного дела о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, согласно ч. 1 ст. 140 УПК РФ, могут выступать альтернативно или в совокупности: 1) заявление о преступлении; 2) явка с повинной; 3) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников; 4) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. Данный перечень является исчерпывающим. Соответствующее заявление или сообщение может быть направлено в орган внутренних дел антимонопольным органом.

В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ следователь органа внутренних дел, получивший сообщение о совершении преступления, обязан его проверить и принять решение в срок не позднее трех суток (срок может быть продлен в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 144 УПК РФ, до 10 или до 30 суток) со дня поступления указанного сообщения.

При проверке данного сообщения следователь вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-разыскных мероприятий.

Основанием для возбуждения уголовного дела о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, в соответствии с ч. 1 ст. 140 УПК РФ является наличие достаточных данных, указывающих на признаки соответствующего преступления (ч. 2 ст. 140 УПК РФ). Поскольку признаки преступления,

предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, не носят явного характера и могут быть подтверждены в ходе проверки сообщения или иных поводов для возбуждения уголовного дела *лишь на основе решения комиссии антимонопольного органа, которым установлено соответствующее нарушение антимонопольного законодательства*, достаточность данных, указывающих на признаки рассматриваемого преступления, не может быть обеспечена в отсутствие такого решения. Одним из способов решения данной проблемы могло бы стать внесение соответствующих изменений в ст. 140 УПК РФ, регламентирующую поводы и основание для возбуждения уголовного дела.

Еще в 2013 г. ФАС России в соответствии с решениями Правительства РФ подготовила проект федерального закона, предлагавшего наряду с декриминализацией неоднократного злоупотребления доминирующим положением³⁶ внесение изменений в ст. 140 УПК РФ, согласно которым единственным поводом для возбуждения уголовных дел по ст. 178 УК РФ должны были стать материалы, направленные антимонопольными органами в соответствии с антимонопольным законодательством органу, уполномоченному принимать решение о возбуждении уголовного дела. Эта мера должна была бы способствовать упорядочению практики возбуждения уголовных дел по ст. 178 УК РФ, предупреждению процессуальных ошибок и ошибок квалификации, а также фактов необоснованного применения уголовного закона к лицам, совершившим административные правонарушения, обусловленные сложностью толкования антимонопольного законодательства. Данная инициатива *не была поддержана рядом правоохранительных органов* как необоснованно ограничивающая полномочия следователя.

Одновременно не были поддержаны и содержащиеся в проекте федерального закона № 260190-6 «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» предложения дополнить: 1) ст. 11 Федерального закона от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»³⁷ положением о том, что результаты ОРД, полученные при выявлении признаков преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, подлежат направлению также в антимонопольный орган для использования при рассмотрении

³⁶ Данная инициатива была реализована при принятии Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 45-ФЗ «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 09.03.2015. № 10. Ст. 1415.

³⁷ Собрание законодательства РФ. 1995. № 33. Ст. 3349; 2008. № 18. Ст. 1941; 2011. № 1. Ст. 16.

заявлений, материалов или дел о нарушении антимонопольного законодательства РФ и 2) ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции новым п. 11¹, согласно которому антимонопольный орган направляет в правоохранительные органы материалы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ³⁸.

Формальной причиной отклонения предложения о внесении указанных выше изменений в ст. 140 УПК РФ стало происшедшее незадолго до этого *исключение* из ст. 140 УПК РФ ч. 1¹ – последней, предусматривавшей аналогичный порядок возбуждения уголовных дел о налоговых преступлениях (до 22.10.2014 такие дела возбуждались только по материалам, направленным налоговыми органами). Реализация этой идеи была приостановлена, несмотря на очевидные различия проблематики уголовного преследования за антиконкурентные и налоговые преступления³⁹.

Данный вывод, в частности, может быть подтвержден тем, что в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 218-ФЗ, которым ст. 140 УПК РФ была дополнена новой ч. 1², поводом для возбуждения уголовного дела о преступлениях, предусмотренных ст. 172¹ «Фальсификация финансовых документов учета и отчетности финансовой организации» УК РФ, могут служить только те материалы, которые направлены ЦБ РФ либо конкурсным управляющим (ликвидатором) финансовой организации⁴⁰.

Рассмотренные нормотворческие уголовно-процессуальные и оперативно-разыскные инициативы, направленные на повышение эффективности уголовного преследования картелей, хотя и не были поддержаны законодателем, на наш взгляд, заслуживают того, чтобы обратиться к ним вновь при подготовке инициатив, направленных на совершенствование уголовной политики в сфере защиты конкуренции.

³⁸ Проект федерального закона № 260190-6 «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 16.04.2013) // <http://www.consultant.ru>. Дата обращения: 25.05.2018; Кунле М. ФАС повышает порог уголовной ответственности за ценовой сговор // Известия. 2013. 31 июля.

³⁹ Федеральный закон от 22 октября 2014 г. № 308-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 27.10.2014. № 43. Ст. 5792.

⁴⁰ Собрание законодательства РФ. 28.07.2014. № 30 (ч. I). Ст. 4219.

ПРОБЛЕМА ГАРМОНИЗАЦИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ ГОСУДАРСТВ – ЧЛЕНОВ ЕАЭС

Реализация уголовной политики защиты конкуренции в России (как и в других государствах – членах ЕАЭС) в силу ряда причин, которые будут рассмотрены ниже, не может успешна без выработки единой или как минимум скоординированной уголовной политики всего Евразийского экономического союза в этой сфере.

Различия в отношении законодателей государств – членов Евразийского экономического союза⁴¹ к криминализации и пенализации общественно опасных антиконкурентных посягательств, на наш взгляд, хотя и понятны с точки зрения особенностей духовной, нравственной и культурной жизни, ключевых идей уголовной политики соответствующих стран, утрачивают ясность, как только возникает потребность объяснить причины разного отношения к наказуемости (и административной, и уголовной) одних и тех же видов экономического поведения на общем экономическом пространстве ЕАЭС, к *основным целям* которого относится, в частности, стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов (ст. 4 Договора о ЕАЭС)⁴².

Согласно ст. 2 Договора о ЕАЭС понятие «единое экономическое пространство» определяется как «пространство, состоящее из территорий государств-членов, на котором функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, и существует единая инфраструктура».

⁴¹ Евразийский экономический союз является международной организацией региональной экономической интеграции, учрежденной Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией на основании Договора о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29.05.2014). Договор действует с 1 января 2015 г. и включает по состоянию на 20 мая 2018 г. 5 государств – Республику Армения (РА, Армения), Республику Беларусь (РБ, Белоруссия), Республику Казахстан (РК, Казахстан), Кыргызскую Республику (КР, Киргизия и Российскую Федерацию (РФ, Россия). Республика Армения присоединилась к Договору о ЕАЭС с 2 января 2015 г., Кыргызская Республика – с 1 мая 2015 г. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 14 мая 2018 г. № 9 Республике Молдове (РМ, Молдавия) предоставлен статус государства-наблюдателя при ЕАЭС. – *Прим. авт.*

⁴² Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 (ред. от 08.05.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 12.08.2017) / Евразийская экономическая комиссия // <http://www.eurasiancommission.org/> 05.06.2014.

Данным договором устанавливаются также общие принципы конкуренции (раздел XVIII), к которым, в частности, относится то, что «применение государствами-членами норм своего конкурентного (антимонопольного) законодательства к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) государств-членов осуществляется одинаковым образом и в равной мере независимо от организационно-правовой формы и места регистрации таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) на равных условиях» (ст. 75).

Если принять во внимание, что к хозяйствующим субъектам согласно ст. 39 Статута Суда Евразийского экономического союза, являющегося неотъемлемой частью Договора о ЕАЭС, относится также «физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства», то применение антимонопольного законодательства должно осуществляться «равным образом» и по отношению к гражданам – хозяйствующим субъектам. По нашему мнению, нераспространение данного принципа на юридическую ответственность за нарушение правил конкуренции, в том числе антимонопольных правил, противоречит не только духу, но и букве Договора о ЕАЭС.

Кроме того, в соответствии со ст. 88 Договора о ЕАЭС и п. 2 приложения № 25 к нему каждое государство-член предоставляет поставщикам государств-членов, предлагающим товары, выполняющим работы и оказывающим услуги, *национальный режим в сфере закупок*, т. е. режим не менее благоприятный, чем предоставляемый поставщикам своего государства в сфере закупок.

Анализ показывает, что в настоящее время в «общем экономическом доме», каковым является ЕАЭС, есть зоны почти полной безответственности за то, что подлежит уголовному преследованию в соседнем государстве, являющемся членом ЕАЭС, или, напротив, повышенной уголовной репрессии в отношении монополистов. Эти различия не могут не нарушать экономического равенства хозяйствующих субъектов-конкурентов хотя бы потому, что предполагают существенно разные риски для осуществления экономической деятельности и, соответственно, существенно разные затраты на обеспечение правовой защиты бизнеса, в том числе от необоснованного уголовного преследования.

Нельзя не обратить внимания на то, что имеющиеся на сегодня различия в криминализации и пенализации антиконкурентных общественно опасных деяний в государствах – членах ЕАЭС имеют тенденцию к росту, что, на наш взгляд, противоречит самой идее равных экономических возможностей на общем экономико-правовом пространстве.

Постепенную минимизацию таких различий следует, по-видимому, считать одной из приоритетных задач гармонизации законодательства государств – членов ЕАЭС на ближайшее будущее.

К числу *базовых различий* уголовного законодательства государств – членов ЕАЭС, влияющих на пределы криминализации и пенализации антиконкурентных общественно опасных деяний, как показывает сравнительный анализ, относятся:

1. Различия в действии уголовного закона в пространстве

Так, согласно ч. 3 ст. 12 УК РФ иностранный гражданин (в частности, осуществляющий предпринимательскую деятельность), не проживающий постоянно в России, совершивший преступление вне ее пределов, подлежит уголовной ответственности по УК РФ в случаях, *если преступление направлено против интересов Российской Федерации либо ее гражданина или постоянно проживающего в России лица без гражданства, а также в случаях, предусмотренных международным договором России* [13].

В Уголовном кодексе Республики Армения (УК РА) вопросы ответственности иностранных граждан (в том числе предпринимателей), совершивших преступления вне пределов Армении, регламентируются иначе. В соответствии с ч. 3 УК РА *иностранцы граждане и апатриды, не проживающие в Армении постоянно, совершившие преступление вне ее пределов, подлежат уголовной ответственности по УК РА, если они совершили: 1) преступления, предусмотренные международным договором Армении; 2) тяжкие или особо тяжкие (а не любые, как по УК РФ) преступления, направленные против интересов Армении или прав и свобод ее граждан* [14].

В соответствии с ч. 2 ст. 6 УК РБ иностранный гражданин, совершивший преступление вне пределов РБ, подлежит ответственности по Уголовному кодексу Республики Беларусь (УК РБ) *только* в случаях совершения *особо тяжких преступлений, направленных лишь против интересов Белоруссии* [15], *но не ее граждан (!)*.

Согласно п. 4 ст. 8 Уголовного кодекса Республики Казахстан (УК РК), вступившего в силу 1 января 2015 г., иностранные предприниматели (как и иные иностранные граждане), постоянно не проживающие на территории РК, совершившие преступления за пределами РК, подлежат уголовной ответственности по УК РК в случаях, *если эти деяния были направлены против интересов Казахстана (но не ее граждан, как предусматривают УК РФ и УК РА), или в случаях, предусмотренных международным договором Казахстана [16].*

Наиболее либеральный режим для иностранных предпринимателей, совершивших преступления вне пределов государства, среди государств – членов ЕАЭС характерен для уголовного законодательства Кыргызской Республики. В соответствии с ч. 2 ст. 5 ее Уголовного кодекса (УК КР) при совершении преступления на территории другого государства ответственность по УК Киргизии наступает *только в том случае, если преступление «закончено или пресечено на территории Кыргызской Республики» [17].*

2. Некоторые различия в системе и содержании наказаний, предусмотренных национальным уголовным законодательством

Уголовное наказание в виде лишения права занимать определенные должности (включая связанные с управлением хозяйствующими субъектами) или заниматься определенной деятельностью (в частности, предпринимательской), а также сопоставимое с ним административное наказание в виде дисквалификации рассматриваются и в научной литературе⁴³, и в официальных документах⁴⁴ в числе важнейших инструментов предупреждения нарушений антимонопольного законодательства.

В соответствии со ст. 47 УК РФ «Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью» данное наказание состоит в запрещении занимать должности на государственной службе, в органах местного самоуправления либо заниматься определенной профессиональной или иной деятельностью на срок от 1 года до 5 лет – в

⁴³ См., например: Крюков А., Трубинова Е., Москвитин О., Суслов Р. На пути к безальтернативной дисквалификации за нарушение антимонопольного законодательства // Конкуренция и право. 2015. № 6. С. 38–47; Башлаков-Николаев И. В. Ответственность органов власти и их должностных лиц в сфере защиты конкуренции: Монография. М.: Статут, 2014. 111 с.

⁴⁴ См., например: Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг. (утв. Президиумом ФАС России 03.07.2013) // <http://www.fas.gov.ru>. Дата обращения: 24.05.2018.

качестве основного вида наказания и на срок от 6 месяцев до 3 лет – в качестве дополнительного вида наказания. В отдельных случаях, специально предусмотренных статьями Особенной части УК РФ, данное наказание может устанавливаться на срок до 20 лет в качестве дополнительного.

Статья 178 УК РФ «Ограничение конкуренции» позволяет суду назначить рассматриваемое наказание в качестве дополнительного в случае совершения преступления как без отягчающих обстоятельств (от 6 мес. до 1 года), так и с отягчающими обстоятельствами (от 1 года до 3 лет).

В отличие от сопоставимых положений уголовного закона России ст. 50 УК РК устанавливает срок лишения права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью продолжительностью от 1 года до 10 лет. За совершение *отдельных видов преступлений в сфере экономической деятельности* и против интересов службы в финансовых организациях срок данного наказания может составлять от 5 лет до пожизненного. Преступление, предусмотренное ст. 221 УК РК «Монополистическая деятельность», не входит в этот перечень и подлежит рассматриваемому виду наказания на срок от 1 года до 3 лет при условии: а) *неоднократного совершения либо б) совершения лицом с использованием своего служебного положения*, т. е. практически так же, как наказываются аналогичные действия и по УК РФ в части, относящейся к участникам картеля.

Следует также обратить внимание, что ст. 51 УК РК предусматривает возможность применения в качестве дополнительного уголовного наказания (которое исполняется после отбытия основного вида наказания) к иностранцам или лицам без гражданства (в том числе предпринимателям) выдворения *за пределы Казахстана* с установлением запрета на въезд этого лица на его территорию сроком на 5 лет, которое не применяется сегодня как уголовное наказание в других государствах – членах ЕАЭС.

По УК РА (ч. 2 ст. 52) лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью в качестве основного наказания устанавливается на срок от 2 до 7 лет – за умышленные преступления и на срок от 1 года до 5 лет – за неосторожные преступления, а в качестве дополнительного наказания – на срок от 1 года до 3 лет.

В соответствии со ст. 46 УК КР то же наказание может быть назначено судом на срок от 1 года до 5 лет в качестве основного наказания или на срок от 1 года до 3 лет в качестве дополнительного наказания.

От 1 года до 5 лет может составлять срок данного наказания в соответствии с ч. 1 ст. 51 УК РБ. Статья 247 УК РБ «Ограничение конкуренции», например, допускает назначение данного наказания за соответствующее преступление лишь при отсутствии квалифицирующих признаков. При этом нужно учитывать, что ограничение конкуренции наказывается в Белоруссии как преступление лишь в случае, *когда соответствующие действия совершены в течение года после наложения административного взыскания за такие же действия.*

В соответствии со ст. 61 УК РБ (в отличие от уголовного законодательства иных государств – членов ЕАЭС) в качестве наказания может применяться *общая конфискация*, т. е. принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного (т. е. вне связи с тем, было ли это имущество получено преступным путем, использовалось в качестве орудия или средства совершения преступления или нет, или увеличено за счет полученного преступным путем).

ОСНОВНЫЕ РАЗЛИЧИЯ В ХАРАКТЕРИСТИКЕ СОСТАВОВ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЕАЭС

К числу *важных специфических различий* уголовного законодательства государств – членов ЕАЭС относятся различия в системе и содержании антимонопольных запретов.

Система антимонопольных запретов, предусмотренных УК РБ, *существенно шире круга специальных запретов, предусмотренных уголовными законами других государств – членов ЕАЭС*. Согласно уголовному закону Белоруссии уголовному преследованию подлежат:

1) уклонение должностного лица государственного или иного органа управления или юридического лица от исполнения предписаний антимонопольных органов, либо ненадлежащее или несвоевременное их исполнение, либо непредставление этим органам информации (документов, объяснений), необходимой для осуществления антимонопольными органами своих функций, либо представление заведомо ложной информации (нарушение антимонопольного законодательства), *совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же нарушения* (ст. 244 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* – лишение свободы сроком на 2 года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;

2) установление или поддержание монопольных цен путем сговора индивидуальных предпринимателей или должностных лиц юридических лиц о деятельности на совместном рынке (ст. 245 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* – лишение свободы сроком на 7 лет с конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;

3) заключение и исполнение индивидуальными предпринимателями или должностными лицами юридических лиц соглашений о разделе рынков, об устранении с рынков конкурентов и иных условиях, существенно ограничивающих конкуренцию, либо совершение иных действий, направленных на ущемление законных интересов лиц, ведущих аналогичную деятельность (ограничение конкуренции), *совершенные в течение года после наложения*

административного взыскания за такие же действия (ст. 247 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* – ограничение свободы сроком на 2 года;

4) незаконное использование деловой репутации конкурента, т. е. умышленное использование индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица товарного знака (знака обслуживания), фирменного наименования, географического указания конкурента, либо продажа или предложение к продаже товара (услуги) с применением предупредительной маркировки о товарном знаке (знаке обслуживания), не зарегистрированном в Белоруссии, либо копирование промышленных образцов конкурента, влекущие смешение продукции (товаров, работ, услуг) или деятельности с продукцией или деятельностью конкурента, *совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же действия* (ст. 248 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* – ограничение свободы сроком на 2 года;

5) дискредитация деловой репутации конкурента, т. е. распространение индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица в рекламе, средствах массовой информации и иным способом заведомо ложных сведений, наносящих вред деловой репутации конкурента (ст. 248 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* – ограничение свободы сроком на 2 года.

В единственной собственно «антимонопольной» ст. 178 УК РФ «Ограничение конкуренции», как уже отмечалось, предусмотрена уголовная ответственность лишь за картель (наиболее строгое наказание за преступление без отягчающих обстоятельств – 3 года лишения свободы; с отягчающими обстоятельствами – 7 лет).

Также в единственной антимонопольной ст. 221 УК РК «Монополистическая деятельность» предусмотрена ответственность (наибольшее наказание за преступление без отягчающих обстоятельств – 1 год лишения свободы): 1) за установление и (или) поддержание субъектами рынка монополично высоких (низких) или согласованных цен, 2) установление ограничений на перепродажу купленных у субъекта рынка, занимающего доминирующее или монопольное положение, товаров (работ, услуг) по территориальному признаку, кругу покупателей, условиям покупки, количеству либо цене, раздел товарных рынков по территориальному признаку, ассортименту товаров (работ, услуг), объему их реализации или приобретения, по кругу продавцов или покупателей, *а также иные деяния, направленные на*

ограничение конкуренции, если они причинили крупный ущерб гражданину, организации или государству либо сопряжены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере⁴⁵.

Также единственная «антимонопольная» ст. 188 УК КР «Монополистические действия и ограничение конкуренции», предусматривает ответственность за более широкий круг антиконкурентных действий, чем ст. 178 УК РФ, включая: 1) установление и поддержание монопольно высоких цен или монопольно низких цен, а равно 2) ограничение конкуренции путем: а) сговора или б) согласованных действий, направленных на раздел рынка, ограничение доступа на рынок, устранение с него других субъектов экономической деятельности, установление или поддержание единых цен, *совершенные группой лиц или группой лиц по предварительному сговору*. Таким образом, законодатель Киргизии в настоящее время исходит из того, что общественной опасностью обладает лишь такое ограничение конкуренции, которое осуществляется в простом или квалифицированном соучастии (группа лиц или предварительно сговорившаяся группа лиц). *Наиболее строгое наказание за преступление без отягчающих обстоятельств – 5 лет лишения свободы*.

УК Армении (ст. 195) так же, как и УК Киргизии, предусматривает ответственность *не только* за искусственное повышение, или понижение, или поддержание незаконных монопольных цен, *но и* за ограничение конкуренции путем: а) предварительного сговора или б) согласованных действий, направленных на раздел рынка по территориальному признаку, воспрепятствование доступу на рынок других хозяйствующих субъектов, устранение с рынка других хозяйствующих субъектов, установление или поддержание дискриминационных цен. *Наиболее строгое наказание за данное преступление без отягчающих обстоятельств – лишение свободы сроком на 2 года*.

⁴⁵ Согласно п. 38 ст. 3 УК РК под крупным ущербом применительно к ст. 221 УК РК понимается ущерб, причиненный гражданину на сумму, в 1000 раз превышающую месячный расчетный показатель, либо ущерб, причиненный организации или государству на сумму, в 10 000 раз превышающую месячный расчетный показатель; *под крупным доходом* – доход, в 20 000 раз превышающий месячный расчетный показатель. На 2018 г. данный показатель составил 2405 тенге. Соответственно, в российских рублях (по курсу ЦБ РФ на 1 мая 2018 г.) *крупный ущерб* применительно к рассматриваемой статье для гражданина составлял около 450 тыс. руб., а для организаций и государства – 4,5 млн руб., а крупный доход – 9 млн руб. – *Прим. авт.*

Сравнительно-правовой анализ уголовно-правовых норм об ответственности за антиконкурентные преступления в государствах – членах ЕАЭС позволяет сделать следующие выводы:

1. Действующее уголовное законодательство государств – членов ЕАЭС об ответственности за антиконкурентное поведение характеризуется существенными отличиями в подходах к криминализации и пенализации такого поведения. Тождественные или сопоставимые формы антиконкурентного поведения в соседних странах, имеющих общее экономико-правовое пространство, могут как подлежать, так и не подлежать уголовному преследованию, наказываться и как тяжкие, и как небольшой тяжести преступления.

2. *Наиболее узкий* круг форм антиконкурентного поведения, подлежащего уголовному преследованию в ЕАЭС, сегодня характерен для уголовного законодательства России (только крупные и особо крупные картели). Наиболее широкий – для Казахстана. То обстоятельство, что в настоящее время УК Белоруссии содержит 6 статей об ответственности за различные формы антиконкурентного поведения, а УК Казахстана только 1 статью, не должно вводить в заблуждение, поскольку в соответствии со ст. 221 УК РК уголовному преследованию подлежат *любые деяния, направленные на ограничение конкуренции*, если они причинили крупный ущерб гражданину, организации или государству либо сопряжены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере. Одновременно нельзя утверждать, что Казахстан имеет сегодня самое строгое (репрессивное) в сравнении с иными государствами ЕАЭС уголовное законодательство в сфере конкуренции, так как уголовное преследование за нарушение правил конкуренции в РК может осуществляться лишь в случае извлечения незаконного дохода на сумму свыше 9 млн руб. или причинения ущерба на сумму свыше 450 тыс. руб. гражданину либо свыше 4,5 млн руб. организации или государству (в УК РФ соответствующие критерии криминализации еще выше: 50 млн руб. – для извлекаемого незаконного дохода и 10 млн руб. – для причиненного ущерба).

3. *Наиболее строгим* уголовным законодательством об ответственности за *картели* в ЕАЭС следует, по-видимому, признать УК Республики Беларусь (ст. 245 УК РФ), согласно которому сговор о цене товара подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до 7 лет с общей конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью сроком на 3 года *вне зависимости от*

размера извлеченного незаконного дохода и размера причиненного ущерба. Вместе с тем нельзя не обратить внимания на то, что картель в форме соглашения о разделе рынка (ст. 247 УК РБ) при отсутствии отягчающих обстоятельств влечет в качестве наиболее строгого наказания лишь ограничение свободы сроком на 2 года.

4. Единственным государством – членом ЕАЭС, уголовное законодательство которого предусматривает ответственность за различные формы воспрепятствования деятельности антимонопольных органов (включая непредставление этим органам информации или представление заведомо ложной информации), является Республика Беларусь (ст. 244 УК РБ). При этом необходимо подчеркнуть, что соответствующая уголовная ответственность может наступать лишь в случае совершения повторных действий после наложения административного взыскания за аналогичные действия.

Приведенные особенности уголовной-правовой политики государств – членов ЕАЭС в сфере конкуренции, разумеется, не исчерпываются рассмотренными вопросами. В действительности круг существенных различий в этой сфере значительно шире и их влияние на поведение хозяйствующих субъектов требует более глубокого исследования.

Вместе с тем приведенным различиям трудно найти оправдания с точки зрения современного состояния и целей развития общего рынка ЕАЭС, основным субъектом которого является предприниматель. Для правильной оценки всех рисков, связанных с незнанием или неправильным пониманием антимонопольного законодательства государств – членов ЕАЭС (включая риски уголовной ответственности), едва ли не каждое предприятие и предприниматель нуждаются в консультировании со специалистами в области уголовного права и процесса, влекущем немалые расходы. В этой связи существенные различия в уголовно-правовой оценке сходных форм антиконкурентного поведения на экономическом пространстве ЕАЭС, на наш взгляд, должны восприниматься как правовой барьер, подлежащий устранению.

Данная проблема не может быть разрешена усилиями одного только лишь правоприменителя (правоохранительных органов и судов) и требует, на наш взгляд, внесения изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе в части, относящейся к регламентации основ согласованной политики в сфере административной и уголовной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства.

ПРОБЛЕМА ПРИМЕНИМОСТИ КОНВЕНЦИИ ООН ПРОТИВ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЙ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ БОРЬБЫ С КАРТЕЛЯМИ

Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г. (далее – Конвенция) была подписана от имени Российской Федерации в г. Палермо (Италия) 12 декабря 2000 г. и ратифицирована вместе с дополняющими ее протоколами 26 апреля 2004 г.⁴⁶ Одновременно с ратификацией Российской Федерацией был сделан ряд заявлений, определяющих условия и ограничивающих пределы применения данной Конвенции российской стороной⁴⁷.

Основной целью Конвенции названо содействие сотрудничеству в деле борьбы с транснациональной организованной преступностью, в том числе повышение эффективности ее предупреждения.

В соответствии со ст. 3 Конвенции последняя (если в ней не указано иное) применяется лишь к предупреждению, расследованию и уголовному преследованию преступлений, предусмотренных ст. 5, 6, 8 и 23 Конвенции.

При этом данные преступления должны одновременно: а) относиться к так называемым *серьезным преступлениям* в соответствии со ст. 2 Конвенции, т. е. наказываться не менее чем четырьмя годами лишения свободы или более строгим наказанием; б) носить транснациональный характер; в) быть совершенными при участии (в составе) организованной преступной группы.

К конвенционным преступлениям относятся следующие виды умышленных преступлений: 1) *организованная преступная деятельность*, в том числе в форме сговора с одним или несколькими лицами относительно совершения серьезного преступления, преследующего цель, связанную (прямо или косвенно) с получением финансовой или иной материальной

⁴⁶ Федеральный закон от 26 апреля 2004 г. № 26-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и дополняющих ее Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее» // Собрание законодательства РФ. 03.05.2004. № 18. Ст. 1684.

⁴⁷ На сегодня данная Конвенция ратифицирована всеми государствами – членами ЕАЭС. – *Прим. авт.*

выгоды, а равно фактическое совершение одним из участников сговора действия для реализации этого сговора; 2) *легализация (отмывание) доходов от преступной деятельности*, в том числе в форме участия в сговоре или вступления в сговор с целью совершения любого из предусмотренных в Конвенции преступлений (ст. 6 Конвенции); 3) *коррупционные преступления* (ст. 8 Конвенции); 4) *преступления против правосудия*.

Следует учитывать, что используемые в Конвенции понятия «умышленные действия», «умышленные преступления» применяются в значениях, отличных от значений, используемых в уголовном законодательстве России. Согласно ст. 25 УК РФ *понятие умысла относится только к так называемым материальным составам преступлений*, т. е. к составам преступлений, обязательным признаком объективной стороны которых является общественно опасное последствие. Соответственно, умышленным по российскому уголовному законодательству может признаваться лишь преступление, применительно к которому лицо не только осознает общественную опасность своих действий (бездействия), но и предвидит возможность или неизбежность наступления их общественно опасных последствий либо желает или сознательно допускает их наступление. Ко всем иным составам преступлений (формальным, усеченным) может применяться *лишь требование осознания общественно опасного характера, т. е. фактической стороны своих действий*. Именно в этом значении, на наш взгляд, используются в Конвенции понятия «умышленные действия», «умышленные преступления».

Согласно п. 2 ст. 3 Конвенции транснациональным признается преступление, если оно совершено: 1) в более чем одном государстве; 2) в одном государстве, но существенная часть его подготовки, планирования, руководства или контроля имеет место в другом государстве; 3) в одном государстве, но при участии организованной преступной группы, которая осуществляет преступную деятельность в более чем одном государстве; или 4) в одном государстве, но его существенные последствия имеют место в другом государстве.

Под *организованной преступной группой*, согласно п. «а» ст. 2 Конвенции, понимается структурно оформленная группа *в составе трех или большего числа лиц*, существующая в течение определенного периода и действующая согласованно с целью совершения одного или нескольких серьезных преступлений или преступлений, признанных таковыми в соответ-

ствии с данной Конвенцией, с тем чтобы получить (прямо или косвенно) финансовую или иную материальную выгоду.

Данное определение не в полной мере соответствует сопоставимым с ним дефинициям организованной (преступной) группы, используемым в уголовном законодательстве России и других государств – членов ЕАЭС. Так, в России организованной группой может признаваться устойчивая группа лиц, заранее объединившаяся для совершения одного или нескольких преступлений (ч. 3 ст. 35 УК РФ). Организованной может, в частности, признаваться группа из двух человек, не имеющая структуры. Кроме того, необходимо учитывать, что уголовное законодательство государств – членов ЕАЭС не предусматривает уголовной ответственности юридических лиц и, соответственно, уголовной ответственности организованного объединения таких лиц.

К категории конвенционных с учетом особенностей уголовно-правовой характеристики антиконкурентных преступлений по законодательству России и других государств – членов ЕАЭС могут быть отнесены лишь преступления, наказываемые строже чем 4 года лишения свободы и имеющие в качестве институтивного или квалифицирующего признака совершение деяния организованной группой, в том числе предусмотренные: 1) п. 4 ч. 2 ст. 195 УК Республики Армения; 2) ч. 2 ст. 245 и ч. 2 ст. 247 УК Республики Беларусь; 3) ч. 3 ст. 221 УК Республики Казахстан (только п. 1 – совершение деяния преступной группой, или п. 1 и 2 в совокупности); 4) п. 4 ч. 2 ст. 188 УК Кыргызской Республики (при совершении деяния организованной преступной группой); 5) ч. 2 и 3 ст. 178 УК Российской Федерации, при условии, что деяние фактически совершено в составе организованной группы (ч. 3 ст. 35 УК РФ) или преступного сообщества (ст. 210 УК РФ).

Хотя признак совершения преступления организованной группой в ст. 178 УК РФ не использован, деяния, предусмотренные ч. 2 и 3 ст. 178 УК РФ, могут быть фактически совершены и организованной группой (ч. 3 ст. 35 УК РФ), и преступным сообществом – наиболее опасным видом организованной группы. В последнем случае содеянное подлежит квалификации по совокупности ст. 210 УК РФ и ч. 2 или 3 ст. 178 УК РФ.

Сравнительный анализ сопоставимых положений Конвенции и уголовных законов государств – членов ЕАЭС позволяет сделать вывод, что данная Конвенция вполне применима для целей широкого международного

сотрудничества в борьбе с уголовно наказуемыми картелями не только в рамках ЕАЭС, но и с любыми странами, уголовное законодательство которых содержит нормы об ответственности за картели, совершаемые организованными группами и наказываемые лишением свободы на срок, превышающий 4 года.

Одной из ключевых нерешенных проблем такого сотрудничества является отсутствие между странами – участницами Конвенции двусторонних соглашений о разделе активов, конфискованных по приговорам судов. Отсутствие таких соглашений не позволяет эффективно применять предусмотренный ст. 13 и 14 Конвенции механизм репатриации незаконно полученных в результате картельных соглашений доходов.

Поскольку рассматриваемая Конвенция мало применима для целей сотрудничества в борьбе с административно наказуемыми картелями, то существует потребность в создании специального международно-правового инструмента борьбы с транснациональными картелями вне зависимости от того, содержат ли такие антиконкурентные соглашения признаки преступления любой степени тяжести, уголовного проступка или административного правонарушения. Принять подобную Конвенцию на уровне ООН в обозримом будущем, по-видимому, будет крайне затруднительно из-за обострившихся в последние годы идеологических, политических, экономических и культурных противоречий между членами мирового сообщества. Принятие аналогичного документа государствами – участниками БРИКС в краткосрочной перспективе также представляется нереализуемой задачей из-за неготовности этого объединения к более тесному сотрудничеству в форме полноценных многосторонних договоров регионального уровня.

ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИНЯТИЯ АНТИКАРТЕЛЬНОЙ КОНВЕНЦИИ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

Идея специального международного договора о борьбе с картелями в Евразийском экономическом союзе обязана своим возникновением ряду обстоятельств.

Во-первых, признанному многими государствами, в том числе Россией, крайне негативному влиянию на национальные экономики (угрожающему безопасности этих экономик) картелей вообще и транснациональных картелей в особенности⁴⁸.

Во-вторых, национальный инструментарий противодействия картелям оказался в основном исчерпанным и одновременно очевидно недостаточным для того, чтобы эффективно противостоять транснациональным картелям, чьи консолидированные активы нередко превосходят валовый продукт большинства современных государств.

В-третьих, имеющиеся международные договоры (конвенции ООН, Совета Европы, двусторонние и многосторонние соглашения отдельных государств по вопросам правовой помощи по административным и уголовным делам), к сожалению, не обладают необходимой спецификой, позволяющей концентрировать усилия именно на борьбе с картелями.

В частности, как уже отмечалось, Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 12 декабря 2000 г. фактически неприменима для борьбы с административно наказуемыми картелями в силу своей направленности на преступления. Кроме того, ни один из известных нам двусторонних международных договоров России и других государств – членов ЕАЭС не содержит правового механизма трансформации доказательств, полученных по делу о картеле, состоящем из юридических лиц, в доказательства факта картельного сговора физических лиц и их вины.

⁴⁸ Указ Президента РФ от 13 мая 2017 г. № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» // Российская газета. 2017. 15 мая.

В-четвертых, среди всех современных международных договорных форматов (Организация Объединенных Наций, Европейский союз, ВТО, ОЭСР, Интерпол, Европол, БРИКС и некоторые другие) формат ЕАЭС представляется наиболее перспективным для решения рассматриваемой задачи, прежде всего в силу того, что именно в рамках этого формата уже создан международный механизм по борьбе с картелями и иными антиконкурентными соглашениями, участниками которых являются хозяйствующие субъекты – резиденты государств – членов ЕАЭС, действующие на транснациональных рынках в ЕАЭС.

Для реализации идеи заключения Антикартельной конвенции ЕАЭС как открытого международного договора целесообразно рассмотреть возможности внесения изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе в части, касающейся:

а) дополнения его ст. 2 определением понятия *«открытые международные договоры Союза с третьей стороной»*, к которым предлагается относить международные договоры ЕАЭС с режимом свободного присоединения к ним третьих государств, их интеграционных объединений и международных организаций (конвенции);

б) изложения ч. 1 ст. 74 «Общие положения» раздела XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС в следующей редакции: *«4. Государства-члены проводят согласованную конкурентную (антимонопольную) политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих сторон, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов, в том числе путем заключения открытого международного договора Союза с третьей стороной»*;

в) дополнения ст. 75 раздела XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС новой частью 9 следующего содержания: *«9. Органы государственной власти государств-членов и третьих сторон, в компетенцию которых входит реализация и (или) проведение конкурентной (антимонопольной) политики в соответствии с законодательством своего государства, настоящим Договором и открытым международным договором Союза с третьей стороной осуществляют взаимодействие между собой, уполномоченными правоохранительными органами государств-членов и*

третьих сторон и Комиссией⁴⁹ в соответствии с заключенным открытым международным договором Союза с третьей стороной»;

г) внесения изменений в приложение № 19 к Договору о ЕАЭС «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции» в части, касающейся распространения положений указанного приложения на антиконкурентные действия хозяйствующих субъектов и правила взаимодействия антимонопольных и правоохранительных органов государств-членов и третьих сторон, а также Евразийской экономической комиссии в части, определяемой открытым международным договором ЕАЭС с третьей стороной.

⁴⁹ Имеется в виду Евразийская экономическая комиссия. – *Прим. авт.*

ОБЩИЕ И СПЕЦИАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ ПОЛИТИКИ БОРЬБЫ С АНТИКОНКУРЕНТНЫМИ ПРЕСТУПЛЕНИЯМИ

Перспективы совершенствования государственной политики борьбы с антиконкурентными преступлениями, по нашему мнению, связаны прежде всего с решением таких общих вопросов, как:

1) принятие в форме бессрочного нормативного правового акта Национальной доктрины уголовной политики, базирующейся на новой модели борьбы с преступностью, обеспечивающей приоритет профилактики преступлений над применением мер ответственности, определяющей основные критерии криминализации (декриминализации) общественно опасного поведения, пенализации (депенализации) преступлений и дифференциации (дедифференциации) наказаний и иных мер уголовной ответственности за преступления (в том числе за преступления в сфере экономической деятельности);

2) разграничение общественно опасных деяний на собственно преступления и уголовные проступки, что позволит разрешить ряд «застарелых» проблем борьбы с преступлениями в сфере экономической деятельности⁵⁰;

3) завершение реформы следственных органов (отнесение досудебного расследования преступлений к компетенции единого следственного органа);

4) расширение функций органов прокуратуры в части наделения ее полномочиями по расследованию преступлений должностных лиц следственных органов;

⁵⁰ Эта идея давно обсуждается в отечественной научной литературе (см., например: Двадцать лет Конституции Российской Федерации: юридическая наука и практика / Отв. ред. А. Г. Лисицын-Светланов. М., 2013. С. 294). Новый законопроект о внесении соответствующих изменений в УК РФ был подготовлен в мае 2018 г. Верховным Судом РФ, по оценкам которого понятие «дополнение УК РФ институтом уголовного проступка» позволит декриминализировать поведение примерно 40 000 чел. В 2017 г. по сравнению с 2016 г. на треть (до 1300 чел.) снизилось число лиц, осужденных за преступления, связанные с предпринимательством. Около 20% предпринимателей освобождены от уголовной ответственности, а из числа осужденных предпринимателей лишь 25% назначено реальное лишение свободы (см.: http://www.vsrif.ru/press_center/mass_media/26816. Дата обращения: 27.05.2018).

5) наделение Верховного Суда РФ полномочием давать обязательное для всех правоприменителей толкование оценочным (т. е. не определенным законодателем) признакам понятий, используемых в УК РФ, УПК РФ, УИК РФ, законодательстве об оперативно-разыскной деятельности, которое подлежит применению до момента определения, изменения или исключения данного понятия из соответствующего нормативного правового акта законодателем [18].

Помимо рассмотренных общих вопросов, целесообразно выделить и ряд специальных вопросов уголовной политики защиты конкуренции, которые должны быть всесторонне оценены не только заинтересованными органами государственной власти и теми специалистами, которые представляют интересы бизнес-сообществ и отдельных компаний, потребительских организаций, но и экспертами.

В число таких специальных вопросов целесообразно включить вопросы:

1) «формализации» состава ограничения конкуренции, очерченного в ч. 1 ст. 178 УК РФ путем перенесения момента окончания данного преступления на момент заключения данного картельного соглашения. Такая «формализация» не исключает одновременного повышения порога криминализации картеля на основе признака, характеризующего размер картеля (например, «ограничение конкуренции путем заключения картеля, предусмотренного антимонопольным законодательством Российской Федерации, для получения дохода в крупном размере»). В качестве одной из мер концентрации усилий правоохранительных органов на борьбе с наиболее крупными картелями ФАС России ранее уже предлагала повысить порог криминализации картеля на основе признака, характеризующего размер незаконно полученного дохода, до 100 млн руб. против действующего порога в 50 млн руб.⁵¹ «Трансформация» основного состава уголовно наказуемого картеля в формальный позволила бы, в частности, устранить ту неопределенность в толковании и применении норм ст. 178 УК РФ, которая обусловлена тем, что по смыслу ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции картелем признается не только соответствующее соглашение, которое *уже привело* к одному или к нескольким из перечисленных в данной статье по-

⁵¹ <http://www.garant.ru/news/1159674>. Дата обращения: 29.05.2018. Пропорционально должны быть повышены и пороги криминализации для квалифицированных составов ограничения конкуренции. — Прим. авт.

следствий, относящихся к ограничению конкуренции, но и соглашение, *которое может привести* к одному из таких последствий или их сочетанию;

2) дополнения перечня особо квалифицирующих признаков ограничения конкуренции (ч. 3 ст. 178 УК РФ) признаком «те же деяния, совершенные организованной группой»;

3) оценки необходимости криминализации так называемой мнимой конкуренции – обманных действий, имитирующих наличие конкурентного товарного рынка (например, для того чтобы скрыть фактическую монополию и уклониться от применения тарифного регулирования);

4) оценки необходимости введения уголовной ответственности за уклонение от исполнения, неисполнение или ненадлежащее исполнение должностными лицами органов государственной власти и местного самоуправления обязанностей по развитию конкуренции, если это повлекло наступление тяжких общественно опасных последствий (например, невыполнение программ социально-экономического развития региона или муниципального образования, банкротство бюджетобразующего предприятия региона или муниципального образования и др.);

5) оценки «плюсов» и «минусов» криминализации общественно опасного поведения юридических лиц, заключающих картели;

6) наделения ФАС России компетенцией органа дознания по уголовным делам об ограничении конкуренции, предусмотренной ч. 1 ст. 178 УК РФ;

7) передачи полномочий по расследованию преступлений, предусмотренных ч. 2 и 3 ст. 178 УК РФ, следователям Следственного комитета Российской Федерации;

8) введения запрета на неоднократное использование одним и тем же лицом предусмотренного в п. 3 примечаний к ст. 178 УК РФ условия освобождения от уголовной ответственности;

9) дополнения ст. 200⁴ «Злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд»⁵²

⁵² Федеральный закон от 23.04.2018 № 99-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 30.04.2018. № 18. Ст. 2569.

и ст. 285⁴ «Злоупотребление должностными полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа»⁵³ УК РФ новыми частями, предусматривающими повышенную ответственность за те же деяния, сопряженные с нарушением запрета, установленного антимонопольным законодательством Российской Федерации.

Предлагаемые меры, разумеется, не носят исчерпывающего характера и в значительной степени не новы. К тому же важно учитывать, что уголовно-правовые и иные непосредственно связанные с ними репрессивные меры борьбы с картелями являются крайней и одновременно вынужденной мерой реагирования государства на искажение представлений о свободе и целях предпринимательства, о допустимых формах конкурентной борьбы.

Реалии современной цивилизации таковы, что уголовный закон нередко служит последним напоминанием об опасности нарушения духовных, нравственных и правовых запретов при ведении бизнеса.

⁵³ Федеральный закон от 29.12.2017 № 469-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 01.01.2018. № 1 (ч. I). Ст. 5.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Аристотель*. Политика // Сочинения: В 4-х т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. С. 376–644.
2. *Гогель С. К.* Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией. СПб.: Юрид. кн. скл. «Право», 1910. С. 1, 2, 62.
3. *Кинев А. Ю., Франскевич О. П.* Административно-правовые аспекты защиты конкуренции // Картели и иные антиконкурентные соглашения. Проблемы предупреждения, пресечения, административной и уголовной ответственности / Под ред. И. Ю. Артемьева и А. Г. Лисицына-Светланова. М.: Научный совет РАН по проблемам защиты конкуренции, ФАС России – Филиал УМЦ ФАС России, 2017. С. 160.
4. *Тенишев А. П.* Практика ФАС России по делам о картелях и иных антиконкурентных соглашениях: события 2016 года и планы на 2017 год // Картели и иные антиконкурентные соглашения. Проблемы предупреждения, пресечения, административной и уголовной ответственности. С. 440–441.
5. *Гумилев Л. Н.* От Руси к России. М., 1992. С. 25.
6. *Dunning T. J.* Trade's Unions and Strikes: Their Philosophy and Intention. London: Published by the author, and Sold by M. Harley. No 5. Raquet court Fleet street, E.C., 1860. P. 35–36.
7. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 10.
8. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.
9. Российская газета. 2004. 7 дек.
10. Уголовное право. Особенная часть / Под ред. Л. Д. Гаухмана и С. В. Максимова. М.: Эксмо, 2005. С. 85–86.
11. *Кинев А. Ю.* Борьба со сговорами на торгах – путь к снижению расходов государства // Картели и иные антиконкурентные соглашения. Проблемы предупреждения, пресечения, административной и уголовной ответственности. С. 63.
12. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 23.04.2018) // Собрание законодательства РФ. 24.12.2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

13. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 23.04.2018, с изм. от 25.04.2018) // Собрание законодательства РФ. 17.06.1996. № 25. Ст. 2954.
14. Уголовный кодекс Республики Армения / Пред. Е. Р. Азаряна. Пер. с армянского Р. З. Авакян. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
15. Уголовный кодекс Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 76. 2/50.
16. Уголовный кодекс Республики Казахстан // Ведомости Парламента РК. 2014. № 13-II. Ст. 83.
17. Уголовный кодекс Кыргызской Республики // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. 1998. № 7. Ст. 229.
18. *Максимов С. В.* Новейшая уголовная политика России: опыт и уроки непрерывного реформирования // Пробелы в российском законодательстве. 2017. № 4. С. 16–22.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Максимов Сергей Васильевич – главный научный сотрудник Института проблем развития науки РАН, помощник руководителя Федеральной анти-монопольной службы, доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Российская Федерация; e-mail: sergeymax2006@yandex.ru

Утаров Канат Алимтаевич – старший преподаватель кафедры уголовного процесса и криминалистики Южно-Казахстанского государственного университета им. М. Ауэзова, к. ю. н., г. Чимкент, Республика Казахстан; e-mail: koben_kok_koz@mail.ru

INFORMATION ABOUT AUTHORS

Maksimov, Sergey V. – Chief researcher of the Institute for the Study of Science of the Russian Academy of Sciences (ISS RAS), Advisor to the Head of the Federal Antimonopoly Service (FAS of Russia), Doctor of Law, Professor, (Moscow, Russian Federation; e-mail: sergeymax2006@yandex.ru).

Utarov, Kanat A. – Senior lecturer of Chair of criminal procedure and criminalistics of South Kazakhstan State University n. a. M. Auezov, PhD in law (Chimkent, Republic of Kazakhstan; e-mail: koben_kok_koz@mail.ru).

Научное издание

Максимов Сергей Васильевич
Утаров Канат Алимтаевич

**УГОЛОВНАЯ ПОЛИТИКА В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ:
ЦЕЛИ И ВОЗМОЖНОСТИ**

Под редакцией к. э. н. В. П. Заварухина

Редактор *О. Г. Иванова*
Художник *А. Н. Горностаева*
Технический редактор *И. А. Усачева*
Верстка: *Н. В. Шашкова*

Издание Института проблем развития науки РАН
Подписано в печать 17.07.2018. Формат 60x90/16. Объем 5 п.л. Тираж 500 экз.
117218, Москва, Нахимовский пр-т, 32. Тел./Факс: (495) 648-91-62.
E-mail: post@issras.ru www.issras.ru