



**ГЕННАДИЙ ЕСАКОВ,**  
советник Адвокатского бюро ZKS,  
д-р юрид. наук, профессор

## Подводные камни криминального картеля

С 2019 г. статья 178 УК РФ стала активнее применяться судами. Это вполне объяснимо, так как растет число антикартельных расследований ФАС России. О подводных камнях уголовной квалификации картеля, о которые может разбиться как версия обвинения, так и версия защиты, читайте в статье Геннадия Есакова.

### Статистика: сколько картельных случаев уже есть?

Подсчитать точное количество картельных дел, перетекших в уголовную плоскость, затруднительно по ряду причин. Во-первых, не все картельные дела достигают пороговых значений, при которых наступает уголовная ответственность (об этом далее). Во-вторых, не все картельные дела возбуждаются и расследуются по ст. 178 УК РФ — часто следователи предпочитают более «классические» статьи, такие как мошенничество, присвоение (растрата), злоупотребление полномочиями, взятка.

Однако за последние три года можно уверенно говорить о десяти состоявшихся обвинительных решениях (и одном как минимум оправдании) по картельным делам. Их исход в плане наказания следующий: осуждённые за «простой» картель (то есть без квалифицирующих признаков, в том числе без особо крупного размера) в основном освобождались от наказания за истечением сроков давности (для «простого» картеля он составляет всего два года с момента окончания действия картельного соглашения<sup>1</sup>), осуждённые за картель в особо крупном размере или с использованием служебного положения в основном приговариваются к условному лишению свободы. Единственный и первый в России случай осуждения к реальному лишению свободы

за картель («самарское» дело<sup>2</sup>) завершился смягчением наказания до условного осуждения в апелляционной инстанции.

Наиболее типичные картельные схемы, встречающиеся в уголовной судебной практике: «карусель»<sup>3</sup>, «таран»<sup>4</sup>, отказ от торгов в обмен на субподряд или иные преимущества<sup>5</sup>.

### Основной криминообразующий признак картеля — как понимать доход (ущерб)?

Не любой картель является уголовно наказуемым — только тот, по итогам которого извлечён доход на сумму не менее 50 млн рублей (особо крупный доход составляет 250 млн рублей) или причинён ущерб в размере не менее 10 млн рублей (особо крупный ущерб — 30 млн рублей).

Механизм подсчёта дохода ориентируется на п. 12 постановления Пленума Верховного

<sup>1</sup> Учитывая, что подавляющая масса картельных соглашений — это картели на торгах, давность будет считаться с момента последней конкурсной процедуры, охваченной соглашением.

<sup>2</sup> Апелляционное определение Самарского областного суда от 15 июля 2021 г. по делу № 22-1635/2021.

<sup>3</sup> Например, приговор Железнодорожного районного суда г. Новосибирска от 28 августа 2019 г. по делу № 1-296/2019.

<sup>4</sup> Например, приговор Октябрьского районного суда г. Ижевска от 6 апреля 2021 г. по делу № 1-1/2021 (приговор отменён в апелляционной инстанции, дело находится на новом рассмотрении).

<sup>5</sup> Например, приговор Самарского районного суда г. Самары от 31 июля 2019 г. по делу № 1-4-2019; приговор Волжского районного суда г. Саратова от 3 декабря 2019 г. по делу № 1-243/2019; приговор Саяногорского городского суда Республики Хакасия от 15 сентября 2020 г. по делу № 1-82/2020; приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10 марта 2021 г. по делу № 1-18/2021.

Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве». Соответственно, криминообразующим доходом признаётся общая сумма контракта (или нескольких), заключённого по итогам торгов, ставших результатом картельного соглашения<sup>6</sup>.

Альтернативный подход в своё время был предложен Верховным Судом РФ в отзыве на законопроект № 848246-7, инициированный ФАС России для ужесточения уголовной ответственности за картель. Согласно этому подходу, доход для целей ст. 178 УК РФ следует считать по модели излишнего дохода, то есть высчитывать тот непропорциональный доход, который был получен участниками картеля (дельта между «картельной» ценой контракта и ценой, которая сформировалась бы на торгах без картеля). Очевидно, что при господствующем подходе вменить картель проще, так как доказать излишний доход очень затруднительно на практике. Пока определённой позиции Верховного Суда РФ по этому вопросу не существует.

При этом важно подчеркнуть, что на практике считается приемлемым суммировать в целях квалификации суммы дохода, полученные разными хозяйствующими субъектами, участвующими в картеле (то есть доход от картеля субъекта А в сумме 30 млн рублей и субъекта Б в сумме 25 млн рублей даст в итоге криминальный картель на 55 млн рублей)<sup>7</sup>.

Ущерб от картеля является альтернативой доходу. На практике попытка установить ущерб как признак картеля была сделана в единственном удмуртском деле, связанном со схемой «таран». Следствие попыталось вменить как ущерб сумму ценового предложения добросовестного участника картеля, который не смог выиграть торги именно из-за реализации схемы «таран» (то есть ущерб был истолкован как упущенная выгода). Это дело несколько раз проходило разные судебные инстанции и закончилось отменой обвинительного приговора в апелляции с направлением дела на новое рассмотрение, итог которого (исходя из текстов судебных решений) предсказать

затруднительно. Иными словами, ущерб — это сложно доказуемый и нелюбимый судами признак криминального картеля.

## Кто привлекается к уголовной ответственности за картель?

Наиболее сложной на практике является проекция картельного сговора между организациями на уголовное право. Иными словами, какое физическое лицо внутри организации должно быть привлечено к уголовной ответственности за заключение и реализацию картельного соглашения?

Судебная практика достаточно многообразна в этом отношении: привлекаются и руководители организации, и «фактические собственники» (сленговое понятие уголовной практики, обозначающее бенефициара, принимающего в действительности ключевые управленческие решения), и менеджмент среднего звена. Главное в этой ситуации — установить, что именно они вели переговоры с конкурентами и реализовывали на практике картельное соглашение.

И здесь важно обратить внимание на п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ, который повышает уголовную ответственность за картель «с использованием служебного положения». С учётом того, что субъектом преступления выступает управленец высокого уровня в той или иной организации, этот признак предположительно создаётся «автоматически» в любом таком деле. Недавно пришлось даже видеть абсурдный случай вменения этого признака в деле о картеле индивидуальному предпринимателю. С практической точки зрения это означает, что даже не особо крупный картель (до 250 млн рублей дохода) станет квалифицироваться по более суровой ч. 2 ст. 178 УК РФ за счёт всего лишь одного этого признака. «Отбить» же этот признак на практике довольно затруднительно, хотя и возможно<sup>8</sup>.

## Покушение на картель

Специфической уголовно-правовой конструкцией является покушение на картель. Иными словами, возможна уголовная ответственность

<sup>6</sup> Например, определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 9 февраля 2022 г. по делу № 77-649/2022; приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10 марта 2021 г. по делу № 1-18/2021.

<sup>7</sup> Например, приговор Московского районного суда г. Санкт-Петербурга от 23 декабря 2019 г. по делу № 1-1041/2019; приговор Железнодорожного районного суда г. Новосибирска от 28 августа 2019 г. по делу № 1-296/2019.

<sup>8</sup> Например, приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10 марта 2021 г. по делу № 1-18/2021; приговор Волжского районного суда г. Саратова от 3 декабря 2019 г. по делу № 1-243/2019.

## **Установить факт заключения картельного соглашения, его запрещённость, статус субъектов-конкурентов и иные криминообразующие признаки только лишь на основе решения ФАС России невозможно**

за покушение на картель тогда, когда, например, контракт, заключённый на торгах как результат картельного соглашения, в дальнейшем расторгается ввиду нарушений в процедуре его заключения, так что виновные не успевают получить денежные средства по такому контракту. Судебная практика квалифицирует такие действия по ч. 3 ст. 30, ст. 178 УК РФ<sup>9</sup>.

### **Преюдиция и уголовный картель**

Материалы ФАС России (включая решения по делам о нарушении законодательства о защите конкуренции) не имеют преюдициального значения в силу ст. 90 УПК РФ, а образуют лишь одно из доказательств по уголовному делу<sup>10</sup>. То есть установить факт заключения картельного соглашения, его запрещённость, статус субъектов-конкурентов и иные криминообразующие признаки только лишь на основе решения ФАС России невозможно.

Сложнее оценить значение решений арбитражных судов, выносимых по делам об оспаривании указанных решений ФАС России. В принципе, запрещённость картеля в соответствии с антимонопольным законодательством может устанавливаться с учетом преюдициального решения арбитражного суда, хотя такое решение не будет преюдициальным относительно соглашения именно между физическими лицами как субъектами уголовной ответственности. То есть сам факт картеля между хозяйствующими субъектами-конкурентами как юридическими лицами через преюдицию может быть доказан, однако это не предопределяет установления при уголовно-процессуальном доказывании факта соглашения между конкретными физическими лицами.

В ситуации с успешным оспариванием решения ФАС России в арбитражном суде, когда

<sup>9</sup> Например, приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10 марта 2021 г. по делу № 1-18/2021.

<sup>10</sup> Например, определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 9 февраля 2022 г. по делу № 77-649/2022.

суд отрицает факт картельного соглашения (либо, например, снижает его «объёмы»), такое решение должно иметь преюдициальную силу.

### **Оправдание за картель? И такое возможно!**

В Самарской области в 2022 г. завершилось оправдательным приговором дело о картельном соглашении между ООО «Самаратранстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой»<sup>11</sup>. Картель, по версии обвинения, состоял в схеме «карусель» — разделении товарного рынка Самарской и Ульяновской областей на 9 аукционах с определением очередности победы на них с минимальным снижением цены (общая сумма извлеченного ООО «Самаратранстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» дохода по версии обвинения составила 2 262 986 033,82 рубля).

Одним из аргументов к оправданию стало то, что обе эти компании фактически контролируются одним лицом и не являются друг другу конкурентами, а в одних и тех же торгах принимали участие только для «подстраховки» (для оправдания картеля в антимонопольном органе по ч. 7, 8 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции» этим компаниям не хватило критериев). Соответственно, решили суды, эти две компании не ограничили конкуренцию в уголовно-правовом смысле, поскольку в том числе у них не было возможности влиять на решение заказчика о заключении госконтракта, повлиять на принятие решения другими хозяйствующими субъектами об участии или не участии в аукционе, и на предложение последними иной цены госконтракта.

Это оправдательное решение является «путеводным маяком» как в картельных делах с номинальным участием в торгах, когда те или иные участники торгов привлекаются к участию в торгах для «подстраховки», так и в тех делах, где участники торгов фактически контролируются одним и тем же лицом, но степень такого контроля не достигает до жёстких критериев ч. 7, 8 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции» (те же самые «семейные» картели). Иными словами, не всё так печально в уголовной практике, и с обвинениями в картеле можно бороться в суде. 11

<sup>11</sup> Апелляционное определение Самарского областного суда от 20 апреля 2022 г. по делу № 22-1629/2022.