

ВАДИМ НОВИКОВ

К вопросу о «рейдах на рассвете»

А. Верещагин В. Новиков

Доклад

К ВОПРОСУ О «РЕЙДАХ НА РАССВЕТЕ»

Введение

Термином «рейды на рассвете» (англ. *Dawn raids*, далее также «внезапные проверки») обозначаются антимонопольные проверки деятельности фирм и индивидуальных предпринимателей, проводимые без предупреждения. В отношении бизнеса такие проверки с силу статьи 25.1 Закона о защите конкуренции проводятся только по делам об антиконкурентных соглашениях.¹ Превалируют картельные дела: 90 % внеплановых выездных проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства, проводятся Управлением ФАС по борьбе с картелями.² За 2013 год российскими антимонопольными органами было проведено 62 таких проверки.

Эти рейды вызывают сильные нарекания со стороны бизнеса, поскольку нарушают нормальную работу предприятий и влияют на капитализацию компаний. Этим они отличаются от внеплановых проверок с уведомлением проверяемого лица. В этих случаях уведомление делается не позднее чем за 24 часа до начала проверки, что обеспечивает другой баланс интересов проверяющих и проверяемых: последние могут подготовиться к проверке, при этом ход работы организации не нарушается слишком сильно, а её представители будут находиться на месте, готовые ответить на вопросы инспекторов.

Прислушиваясь к жалобам бизнесменов на внезапные проверки, Минэкономразвития в настоящее время предлагает установить, что внеплановые проверки должны проводиться только с санкции суда. А «Деловая Россия» предлагает включить в Дорожную карту «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» пункт о том, что проведение внеплановых проверок соблюдения антимонопольного законодательства, в т.ч. «рейдов на рассвете», было возможно только после возбуждения дела и с санкции суда. Ключевые нормативные акты, которыми ФАС обосновывает своё право проводить подобные рейды, обжалуются в настоящее время в Высшем Арбитражном Суде РФ (подробнее об этом ниже).

Данный текст обсуждает эти и другие варианты решения проблем, которые «рейды на рассвете» создают для бизнеса.

Юридический базис для проведения «рейдов на рассвете»

На чём основана эта проблематичная практика проведения «рейдов на рассвете»? Дело в том, что в нормативной базе существует в настоящий момент странная «развилка»: при возникновении подозрений в том, что компания нарушает антимонопольное законодательство, антимонопольный орган может либо возбудить дело, либо провести внеплановую проверку. Наличие выбора само по себе достаточно удивительно: ведь второй вариант – проведение проверки до возбуждения дела – явно проще для ФАС, а следовательно, выглядит заведомо предпочтительнее, что отчасти обесценивает специальную регламентацию, касающуюся возбуждения и производства антимонопольных дел. Поэтому сосуществование двух стандартов – одного сравнительно легкого и другого более требовательного – выглядит каким-то недоразумением.

¹ То есть в делах о нарушении запретов, предусмотренных статьями 11 и 16 закона о защите конкуренции.

² Данные из презентации ФАС РФ «Борьба с картелями. Основные итоги 2013 г.» (http://fas.gov.ru/netcat_files/557/716/ltogi_raboty_FAS_Rossii_po_kartelyam___2013.pdf).

Подобная возможность - проводить внезапные проверки без возбуждения дела и до обнаружения признаков нарушений антимонопольного законодательства - с юридической стороны объясняется следующим образом: в статье 39 Закона о защите конкуренции говорится, что «основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства» может являться, среди прочего, «результат проверки, при проведении которой выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства коммерческими организациями». По строго буквальному толкованию, отсюда как будто бы следует, что внеплановая проверка может предшествовать возбуждению дела, которое, таким образом, становится следствием, а не предварительным условием проведения проверки. Этим данный случай, на первый взгляд, отличается от иных оснований для возбуждения дела по статье 39, каждое из которых предполагает, что сначала антимонопольный орган получает, независимо от собственных целенаправленных усилий, некие сведения о признаках нарушения, и уже затем возбуждает дело, в ходе которого возможны также и проверки для подтверждения этих признаков. Таким образом, в статье 39 Закона как бы заложены два конкурирующих алгоритма действий:

1. поступление информации о признаках нарушения – возбуждение дела – проведение проверок уже в рамках дела; либо
2. проверка, в ходе которой обнаруживаются признаки нарушения – и только затем возбуждение дела о нарушении законодательства.

Второй алгоритм как будто предполагает, что антимонопольный орган имеет право специально искать признаки нарушений и с этой целью устраивать проверки. Эта ситуация возникла, например, в громком деле ЗАО «Аргус» против ФАС РФ,³ которое в настоящее время находится в арбитражных судах. Это дело являет собой замечательный пример так называемых «фишинговых проверок», проводимых именно в тех случаях, когда антимонопольный орган не располагает реальными признаками нарушений со стороны компании, но рассчитывает их найти в ходе её внезапной проверки. В момент проведения проверки ФАС ещё не располагала какими-либо признаками нарушения антимонопольного законодательства; не нашлись они и после проверки, и только спустя какое-то время независимо от этой проверки ФАС получила подходящий для возбуждения дела материал.

Соответственным образом сформулированы акты, которыми в настоящее время руководствуется ФАС: в пункте 5.5 Методических рекомендаций о проведении проверок говорится, что «инспекция проводит проверку на соответствие антимонопольному законодательству» «документов и материалов, необходимых для установления признаков нарушения антимонопольного законодательства»,⁴ а в пункте 3.8 Регламента № 340 сказано, что «предметом внеплановой проверки является соблюдение требований антимонопольного законодательства Российской Федерации проверяемым лицом при осуществлении им своей деятельности».⁵ Отсюда уже с большей определённостью следует, что проверка может быть направлена не на получение подтверждающих данных

³ Дело Арбитражного суда г. Москвы № [А40-47885/2013](#). Антимонопольное дело против компании было возбуждено лишь через год после проверки.

⁴ Письмо ФАС России от 26.12.2011 N ИА/48530 "О направлении Методических рекомендаций по проведению Федеральной антимонопольной службой и ее территориальными органами плановых и внеплановых выездных проверок по контролю за соблюдением требований антимонопольного законодательства".

⁵ Приказ ФАС России от 25.05.2012 N 340 (ред. от 21.03.2013) "Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации".

относительно конкретных нарушений, признаки которых уже имеются, а на свободный поиск самих этих признаков, прикрытый необходимостью заниматься «предупреждением нарушений».⁶

Таким образом, в данном случае ФАС превратила то, что обычно является основанием для возбуждения дела, в самостоятельную цель: выявление признаков нарушения – то, что должно логически предшествовать проверке, – стало её целью и ожидаемым результатом. По сути, можно вести речь об обысках, проводимых без возбуждения дела. Между тем, Верховный Суд издавна рассматривает обыск до возбуждения дела как нарушение уголовно-процессуального законодательства,⁷ и в УПК (ст. 182) говорится о том, что «основанием производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела». В случае с проводимыми ФАС «рейдами на рассвете» таких оснований уже, как оказывается, не нужно.

Встаёт вопрос: действительно ли законодатель предоставил (имел в виду предоставить) ФАС право проведения «рейдов на рассвете» без возбуждения дела? Мы склонны дать на этот вопрос отрицательный ответ. По нашему мнению, ФАС сумела присвоить себе это право вследствие нечеткой формулировки законодательной нормы в ст. 39. Толкуя указанную статью системно и телеологически, а также принимая во внимание материалы законотворческого процесса, в которых не видно никакого намерения законодателя предоставить ФАС подобное право,⁸ мы приходим к выводу, что внеплановые проверки без возбуждения дела незаконны. Говоря о «результатах проверки, при проведении которой выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства коммерческими организациями», законодатель явно подразумевал либо плановые проверки ФАС, либо проверки других контрольных органов, во время которых могут быть обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства. Эта цель законодательно проявляет себя и в Законе о защите прав предпринимателей при проверках, который хотя и не применяется к антимонопольным делам,⁹ но позволяет уяснить себе законодательную политику в этом вопросе. Из его статьи 10 ясно, что основаниями для внеплановых проверок являются именно сообщения о фактах, и только они.¹⁰

Аргументы ФАС

Представители ФАС, защищая внеплановые проверки без возбуждения дела, приводят ряд аргументов:

⁶ Так, в указанном деле ЗАО «Аргус-Спектр» ФАС защищалась ссылками на то, что «в соответствии со статьей 22 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган **предупреждает** монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства». (стр. 6 Отзыва ФАС РФ).

⁷ Бюл. ВС РСФСР. - 1989. - N 1. - С.9-10

⁸ Законопроектные материалы вообще не указывают мотивов для подобного нововведения (см. материалы к законопроектам №№ 148357-5 и 576274-5 в справочных правовых базах данных).

⁹ На этот счет существует прямая оговорка в самом законе (Федеральный закон от 26 декабря 2008 года N 294-ФЗ). Впрочем, некоторые юристы предлагают толковать её узко и полагают, что предусмотренные этим законом гарантии на антимонопольные дела всё же распространяются. Впрочем, суды пока не поддерживают эту точку зрения (Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 12.03.2013 по делу N А33-12959/2012). Но если все же принять её, то это будет означать недействительность результатов проверок, проведенных с грубыми нарушениями, к числу которых ст. 20 указанного закона относит отсутствие оснований.

¹⁰ Согласно статье 25.1 Антимонопольного закона, для проведения проверки достаточно сообщений от физических или юридических лиц, сообщений средств массовой информации, указывающих на признаки нарушения антимонопольного законодательства. Эти сообщения могут быть и поддельными, что позволяет придать внезапной проверке вид обоснованности. На такую возможность указывает заявление <http://www.halopolymer.ru/news/oficialnoe-zayavlenie-gruppy-kompanij-galopolimer-po-isku-v-otnoshenii-fas/>

1. во-первых, они говорят, что судебная санкция якобы расширяет права проверяющего органа: при наличии её антимонопольщики смогут не просто копировать, но и изымать документы; они смогут осматривать жилища и т.п. Следовательно, получение такой санкции будет не в пользу проверяемых лиц;¹¹
2. во-вторых, они полагают, что утрата внезапности даст проверяемым возможность уничтожить улики и тем самым не позволит проверяющим раскрыть картельный сговор;
3. в-третьих, они указывают на то, что «рейды на рассвете» являются общепринятой практикой антимонопольных органов т.н. «цивилизованных стран»;
4. в-четвёртых, они ссылаются на аналогичные процедуры, узаконенные в самой России: так, Таможенный кодекс Таможенного Союза также предусматривает внеплановые проверки (ст. 132), а УПК (ст. 182) говорит о том, что «обыск производится на основании постановления следователя», и только «обыск в жилище производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса». Таким образом, для обыска офисных и прочих нежилых помещений УПК судебной санкции не требует.

По мнению представителей антимонопольных органов, все эти факты и доводы свидетельствуют о законности «рейдов на рассвете». Разберем эти аргументы по порядку.

Возражения на аргументы ФАС

1. **«Судебная санкция означает расширение прав проверяющего органа».** Судебная санкция сама по себе не предопределяет объём прав и возможностей, которые предоставляются проверяющему органу. Попытка связать эти вещи совершенно искусственна – на практике между ними не существует жёсткой взаимной связи. Например, право на обыск в жилище менеджера компании в одних странах требует предварительной санкции суда, а в других – нет. Кроме того, можно возразить, что предварительная судебная санкция сама по себе имеет настолько большую важность, что при её наличии можно примириться и с некоторым расширением прав антимонопольного органа: ведь санкция препятствует бесконтрольному использованию как старых, так и новых прав. Таким образом, итоговый баланс (расширение полномочий проверяющих vs их подконтрольность суду) вполне может оказаться положительным для бизнеса и общества.

2. **«Произойдёт потеря внезапности».** Это аргумент, силу которого отрицать невозможно. Но мы не предлагаем полностью устранить фактор внезапности. Речь идёт о том, чтобы поставить внеплановые проверки под контроль, лишить их произвольного характера. С этой точки зрения критика «рейдов на рассвете» в основном сводится к двум вещам: а) они проводятся без возбуждения дела б) они носят общепроисковый или «фишинговый» характер – в ходе рейда ищутся не подтверждения конкретных нарушений, а вообще какие-либо нарушения. Рассмотрим эти моменты подробнее.

¹¹ Мнение Андрея Тенишева, начальника управления по борьбе с картелями ФАС России <http://www.fishnews.ru/news/22905>

Прежде всего, каковы могут быть действенные гарантии для проверяемых лиц в случае внезапных проверок – достаточно ли для этого формального возбуждения дела или желателен также предварительный судебный контроль? Формальное возбуждение дела предоставляет гарантию в том смысле, что с момента его возбуждения проверяемое лицо получает права, предусмотренные статьёй 43 Закона о защите конкуренции (а именно, знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, заявлять ходатайства, давать комиссии пояснения в письменной или устной форме, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, знакомиться с ходатайствами других лиц, участвующих в деле, возражать против их ходатайств и доводов). Проверяемое лицо может благодаря этому знать, что в действительности является предметом проверки, и в ходе её осмысленно реагировать на все действия и вопросы проверяющих. И главное: внеплановая проверка, проводимая в рамках возбужденного антимонопольного дела, с четким указанием признаков нарушений, снижает возможности для произвольных действий правоприменителя – ему в таком случае нужны достаточно солидные основания для проведения проверки, а осуществляемые в ходе ее мероприятия должны быть чётко увязаны с этими основаниями. Иначе результаты проверки могут быть признаны недействительными в порядке последующего судебного контроля.

Что касается предварительного судебного контроля, то таковой в настоящее время законодательством не предусмотрен. Идея о необходимости такого контроля может вытекать из аналогии закона, потому что «рейды на рассвете» подобны обыску, который является следственным действием и проводится после возбуждения дела. Однако по российскому законодательству только обыск в жилище производится на основании судебного решения. В этом отношении трудно требовать введения предварительного судебного контроля для «рейдов на рассвете» в антимонопольных делах, коль скоро таковой не предусмотрен даже для уголовных дел.

3. «Такова общепринятая практика цивилизованных стран». На этот довод представители ФАС делают особый акцент: «Множество ведущих юрисдикций, в том числе Еврокомиссия, антимонопольные органы Италии, Греции, Японии, Кореи, Люксембурга, Мексики, Нидерландов, Румынии, Швейцарии, Турции и других государств проводят внезапные проверки компаний без получения разрешения суда».¹²

Однако перечисление стран в этой цитате, сделанное со ссылкой на *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2013*, является сугубо выборочным – согласно тому же источнику, список юрисдикций, в которых санкция суда или иного контролирующего органа, напротив, требуется, получается гораздо более впечатляющим (см. Приложение). Так, санкция требуется в трех крупнейших национальных юрисдикциях Европы – Великобритании, Франции и Германии, а также в Индии и Бразилии – тех странах БРИКС, которые (в отличие от Китая) имеют независимую судебную систему и отчётливо следуют принципу верховенства права.

Следовательно, вопреки утверждениям ФАС, «рейды на рассвете» в том виде, в котором они проводятся в России, отнюдь не являются общепринятой практикой в иных юрисдикциях. Как именно обстоит дело в отношении контроля за ними на уровне ЕС, в отдельных государствах Евросоюза, а также в США? В праве Европейского Союза предусмотрен только последующий судебный контроль – со стороны Суда ЕС в г. Люксембурге – над решениями Европейской комиссии о

¹² Д. Гаврилов. Антимонопольный контроль: теория и правоприменительная практика. http://cjournal.ru/ann2/75/#_ftn26

проведении рейдов. Это правило касается осмотров офисных помещений. Что касается всех остальных помещений, и в первую очередь жилых, то применимое регулирование - Regulation 1/2003 – требует для их инспектирования предварительного разрешения соответствующего государственного (национального) суда. Это разрешение даётся при соблюдении формальных требований к решению Комиссии – суд не должен обсуждать законность этого решения (она может быть рассмотрена только в порядке последующего судебного контроля Судом ЕС). Предварительное судебное разрешение нужно также в случае, если компания препятствует инспектированию своих офисов, и необходимо применить к ней принудительные меры. Здесь суд должен проконтролировать, что испрашиваемые меры являются пропорциональными.

Иначе обстоит дело во многих национальных юрисдикциях. Например, в Ирландии для проведения любой проверки (включая офисные помещения) требуется предъявить ордер окружного суда. В Соединенных Штатах для этого также требуется search warrant, выдаваемый окружным судьёй; для его получения необходимо доказать наличие probable cause для обыска, а в самом ордере должно быть описание помещений и документов. В Англии мы видим то же самое: национальное антимонопольное ведомство – Office for Fair Trading (OFT) получает предварительное разрешение суда, когда действует в рамках британского (а не европейского) антимонопольного законодательства; это разрешение требуется для проведения обыска не только в жилых помещениях подозреваемых лиц, но и в их офисах. Судебная санкция на это требуется также в Австралии, Новой Зеландии, Испании, Австрии, в мировых финансовых центрах - Сингапуре и Гонконге - и во множестве иных юрисдикций.

4. «У других проверяющих органов в РФ уже есть аналогичные права». Перейдём к аргументу о наличии таких же полномочий у других проверяющих органов в России. Начнём с налоговиков. Минфин подчёркивает, что Налоговый кодекс «не содержит норм, предписывающих налоговым органам заблаговременно информировать налогоплательщика о назначении и проведении у него предстоящей выездной налоговой проверки.»¹³ В то же время внеплановые проверки налоговые органы формально вообще не имеют право проводить, поскольку они не предусмотрены действующим механизмом планирования и подготовки выездных налоговых проверок.¹⁴ В действительности же план проверок, составляемый налоговым органом, во-первых, не является публичным документом, и во-вторых, может быть изменён таким образом, чтобы специально включить в него компанию, вызывающую подозрения.¹⁵ Это означает, что в реальности внезапные «плановые» проверки вполне возможны. С другой стороны, законодательство (ст. 89 НК) ограничивает частоту плановых проверок - налоговые органы не вправе проводить в отношении одного налогоплательщика более двух выездных налоговых проверок в течение календарного года, за исключением случаев принятия решения руководителем ФНС России о необходимости дополнительной проверки. Но самое главное состоит в том, что налоговая система изначально построена на системе регулярных проверок, для проведения которых по общему правилу вовсе не требуется каких-либо конкретных подозрений. Уплата налогов – это всеобщая положительная обязанность, то есть обязанность, требующая от всех предпринимателей регулярно *делать нечто* (уплачивать налоги): выполнение этой обязанности и призваны проверять налоговые органы. Однако не суще-

¹³ Письмо ФНС РФ от 18.11.2010 № АС-37-2/15853.

¹⁴ Письмо ФНС России от 23.01.2009 № ШС-21-3/40.

¹⁵ Конечно, планы верстаются на основании утвержденных критериев, что делает поведение налоговиков относительно предсказуемым (Приказ ФНС России от 30.05.2007 N ММ-3-06/333@ (ред. от 10.05.2012)

¹⁶ Об утверждении «Концепции системы планирования выездных налоговых проверок»).

ствует какого-то «антимонопольного аналога» этой обязанности, потому что для соблюдения запретов по статьям 11 и 16 Закона о защите конкуренции предприниматели не обязаны что-то делать: напротив, они должны воздерживаться от действий (соглашений, согласованных действий). Соответственно, нет никакого смысла проверять выполнение подобной отрицательной обязанности до тех пор, пока не поступят какие-то сигналы о действиях, нарушающих законодательство; а пока таких сигналов нет, презюмируется, что нет и нарушений. По этой логике, основанием для проверки должны быть именно признаки нарушений.

Что касается таможенных проверок, то прежде всего нужно заметить, что их сфера значительно более узкая: в вопросы таможенного оформления и декларирования вовлечены далеко не все предприниматели, а точнее, явное меньшинство. Кроме того, периодичность плановых проверок законодательно ограничена, а проводится она может лишь через 15 дней после получения уведомления проверяемым лицом. Что касается внеплановых таможенных проверок, то они не могут быть «фишинговыми»: для их проведения всегда нужны конкретные основания.¹⁶ Аналога проводимых ФАС «рейдов на рассвете» таможенный контроль не знает.

Наконец, следует иметь в виду, что обсуждаемый аргумент, даже если он был бы верен фактически, сам по себе не доказывал бы разумность позиции ФАС: даже если предположить, что какие-либо проверяющие органы в РФ имеют аналогичные полномочия и используют аналогичные практики, это не означает автоматически, что «рейды на рассвете» в стиле ФАС разумны и целесообразны. Распространенность какой-либо практики отнюдь не закрывает вопрос о её разумности, законности, целесообразности и т.д. В противном случае получилось бы, что различные ведомства брали бы на вооружение сомнительные практики, а потом защищали бы их просто ссылками друг на друга («раз у соседа есть, значит, и мне можно»). Понятно, что такой метод обоснования никуда не годится.

Вопрос о гарантиях прав проверяемых лиц

В России, как и в ЕС, «рейды на рассвете» используются преимущественно в картельных делах. Следовательно, их результаты могут иметь уголовную перспективу. Это ставит вопрос о соответствующих гарантиях прав личности применительно к таким проверкам. Хотя прецедентное право Люксембургского и Страсбургского судов на этот счет имеет некоторые расхождения и не до конца устоялось, всё же принято считать, что требования статей 6 и 8 Европейской конвенции (право не свидетельствовать против себя и право на защиту частной жизни) распространяются на инспектируемых лиц – именно потому, что антимонопольные дела, не будучи уголовными, влекут по законодательству ЕС санкции, которые по существу своему признаются санкциями уголовными или близкими к ним.

В 2012 г. решениями [Европейского суда общей юрисдикции](#) была, по сути, признана незаконной практика Еврокомиссии по проведению т.н. «фишинговых рейдов», т.е. «рейдов на рассвете», осуществляемых без достаточного основания предполагать наличие нарушения и (или) проводимых в отношении необоснованно широкого круга товаров и услуг.¹⁷ А в сентябре 2013 г. Суд ЕС в одном из дел (*Deutsche Bahn a.o. v Commission*) указал, что отсутствие предварительного судебного контроля в отношении компаний уравнивается минимальными гарантиями, перечисленными в

¹⁶ Таможенный кодекс Таможенного союза, статья 132.

¹⁷ По делам *Nexans v Commission* и *Prysmian v Commission*.

самом решении и основанными также на практике Страсбургского Суда.¹⁸ Из этих гарантий особую важность имеет первая, а именно “Statement of reasons for ordering the inspection”: она означает, что «Комиссия должна чётко указать предмет и цель проверки, подозрения или обвинения, которые оправдывают проведение проверки, и сектор, на который она направлена». Очевидно, что это именно та гарантия, которая отсутствует в российском законодательстве при проведении «рейдов на рассвете».

Указанное решение упоминает и другие гарантии:

-
- право компании получить юридическую помощь в ходе проверки и право не давать показаний против самой себя;
-
- право компании удерживать любые документы, которые касаются отношений клиента и адвоката (client-attorney privilege);
-
- последующий судебный контроль.

Последующий судебный контроль, если он является действенным, может в принципе быть альтернативой предварительному судебному контролю. Но действенным он будет лишь при условии, что права и полномочия инспекторов как-либо ограничены. Главное ограничение – это необходимость точно указать в решении, каковы цель и предмет проверки. Суд должен удостовериться, что есть достаточные признаки нарушений, и что проверяющие произвели действия, связанные именно с этими конкретными признаками, а не с чем-либо иным. В случае, если в ходе проверки будут найдены иные нарушения, выходящие за пределы «мандата» проверяющих, они могут стать основанием для новой проверки и возбуждения нового дела в том же самом порядке.¹⁹

Эффективность предварительного судебного контроля в делах, где требуется внезапность действий проверяющих органов, можно оценить, исходя из того, какой процент обращений правоохранительных органов за разрешением обыска удовлетворяется судами. Сайт Судебного департамента при ВС РФ не содержит подобных данных, но можно посмотреть, в порядке сравнения, на американскую практику. Там нередко раздаются жалобы на то, что ордер на обыск выдается судьями слишком легко.²⁰ У.Бернам в своем фундаментальном труде по американскому праву задается вопросом, обеспечивает ли получение ордера широкую охрану процессуальных прав личности, и сам же отвечает на этот вопрос: «одно только условие, что ходатайство о выдаче ордера должно быть подано, уже предоставляет такую охрану». Таким образом, нельзя сказать, что предварительный судебный ордер – вещь совсем бесполезная. Вместе с тем, имея в виду, что и в уголовном процессе России разрешение суда не требуется в случае обыска в офисных помещениях, трудно настаивать на том, чтобы для антимонопольных дел было сделано исключение. Кроме того, при нынешнем состоянии российской судебной системы есть все шансы на то, что подобный предварительный контроль окажется в большой степени профанацией. Поэтому важнее настаивать на проведении проверок исключительно в рамках возбужденного дела и с точным указанием

¹⁸ Judgment of the General Court (Fourth Chamber), Joined Cases T-289/11, T-290/11 and T-521/11 – *Deutsche Bahn a.o. / Commission*.

¹⁹ Такова позиция Суда ЕС, высказанная в деле *Deutsche Bahn a.o. / Commission*.

²⁰ Так, специальный суд США, предназначенный давать разрешение на оперативную деятельность в случаях подозрений в шпионаже (разумеется, без ведома и участия объекта наблюдений), выдал в течение 25 лет с 1979 по 2004 гг. 18.742 разрешений и только 4 раза отказал. Менее 200 запросов были изменены перед тем как их удовлетворить. http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Foreign_Intelligence_Surveillance_Court

предмета проверки и подозрений, давших основания для ее проведения. Любые меры, повышающие гарантии прав проверяемых лиц, должны учитывать реальное состояние дел в судебной и правоохранительной системах. Качество нормы, её действительный эффект определяются не только ясностью формулировок и непротиворечивостью той системы регулирования, частью которой является норма, но и в немалой степени реальной практикой её применения. По закону даже Конституционный Суд оценивает не только буквальный смысл рассматриваемого акта, но и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой.²¹ Ясно, что этот смысл может отличаться от буквального, и нормотворческий орган должен предвидеть вероятность расхождений такого рода. К вопросу о том, какие именно гарантии являются оптимальными в свете сложившихся в России правоприменительных практик, мы ещё вернемся чуть ниже.

Полезьа и урон от «рейдов на рассвете»

«Некоторые из наших оппонентов в последнее время активно обсуждают вопрос: «Не пора ли у антимонопольных органов отнять полномочия по проведению внезапных проверок?» – сказал заместитель руководителя ФАС А.Кинев. – Интересно, что за весь 2013 год ФАС России провела всего 62 внеплановые проверки. При этом почти все они были результативными, в результате их проведения были получены доказательства нарушения антимонопольного законодательства».²²

Однако то, здесь называется здесь доказательствами - это доказательства с точки зрения самой ФАС. И то, далеко не по всем возбужденным по ст. 11 делам ФАС выносит решения о наличии нарушений, и далеко не все из таких решений о нарушении в дальнейшем получают поддержку судов. По нашей экспертной оценке по итогам судебного контроля нарушителям признается 50% или менее от числа компаний, в отношении которых возбуждались дела по ст. 11.

Итак, в момент проверки нужно исходить из того, что речь идет о преимущественно невиновных лицах, поскольку налицо высокий процент судебных отмен, причём уже при наличии решения ФАС, а не на стадиях разбирательства дела в ФАС или – тем более - поиска признаков нарушения, позволяющих дело возбудить. На этих стадиях процент виновных лиц среди затронутых антимонопольными процедурами должен, само собою, быть ещё меньше. Всё это свидетельствует о том, что в значительной части те неприятности, которые причиняет бизнесу антимонопольный контроль, являются напрасными. Лишь меньшая часть подозрений ФАС подтверждается судами, а некоторые подозрения ФАС не подтверждаются ею самой и не приводят к вынесению решений против компаний; логически рассуждая, можно предположить, что результативность проверок, проводимых даже без ясно сформулированных подозрений, должна быть в таком случае совсем мала.

Антимонопольные процедуры осуществляются не в безвоздушном пространстве, а в конкретной среде. Их эффективность зависит от среднего, обычного качества работы судов и иных правоприменителей в данной стране в данный период. Наиболее мощное оружие обычно доверяют оптимально подготовленным людям. Внезапные проверки – это и есть такое оружие. При нынешней текучести кадров в ФАС, не позволяющей закрепить и нарастить выработанные компетенции, и при загруженности судов, приводящей к низким стандартам доказывания в делах, где проверяется качество работы ФАС, вручение антимонопольной службе подобных полномочий выглядит

²¹ Статья 74 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

²² http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35334.html

вещью сомнительной и даже опасной. Как мы видим, на это не решаются законодатели даже наиболее экономически развитых стран, где качество правоприменительной практики значительно выше; тем меньше причин врать их антимонопольным органам в России.

Важно обратить внимание и на экономический ущерб, неизбежно наносимый «рейдами на рассвете». Цель внеплановых проверок – это сюрприз, исключаящий уничтожение доказательств нарушения. Вне зависимости от того, допущено ли нарушение, речь идет о сюрпризе неприятном. Как показывают расчеты по европейским публичным компаниям, «рейд на рассвете» приводит к снижению курса акций проверяемых компаний от 2% [Грегора Лангуса и Массимо Мотты](#) до 5% [\(Андреа Гюнстера и Мэтайса ван Дайка\)](#).²³

Выводы и рекомендации

В конечном счёте мы видим, что все вышеперечисленные аргументы ФАС, приводимые в поддержку «рейдов на рассвете» в их нынешнем формате, не выдерживают критики. Как же в таком случае следует изменить существующую практику? Набор мер, которые могут быть применены для этой цели, таков:

-
- предварительная санкция суда;

 - предварительная санкция прокурора;

 - предварительное возбуждение дела;

 - чёткое указание в решении о проведении проверки её целей, предмета и оснований (признаков нарушений), которые могут быть впоследствии исследованы судом.

Эти меры, конечно же, не всегда являются взаимоисключающими, а могут использоваться в той или иной комбинации.

Наиболее бесспорной, на наш взгляд, является необходимость четкого указания оснований для проверки; тем самым, «фишинговые» проверки должны быть полностью исключены. Возбуждение дела также желательно сделать предварительным условием, потому что а) это наделяет проверяемое лицо необходимым минимумом прав, и б) предоставление самому правоприменителю ничем не мотивированного выбора – стеснять ли себя возбуждением дела перед проведением проверки или нет – трудно понимать иначе как наделение его произвольной властью. Памятуя о низком качестве правоприменения в России, очень трудно рассчитывать на то, что подобная власть будет использоваться разумно. При этом следует подчеркнуть, что внезапность есть вопрос степени – проверки без уведомления можно проводить и после возбуждения дела. Возбуждение дела снижает степень внезапности, но не устраняет её полностью.

Но даже если будет решено, что без максимальной внезапности никак нельзя обойтись, то в таком возможность проведения проверок без возбуждения дела должна быть прямо указана в самом законе, а не выводиться из него путём сомнительного толкования. И самое главное: в этом случае

²³ Guenster, Andrea and Van Dijk, Mathijs A., The Impact of European Antitrust Policy: Evidence from the Stock Market (June 20, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1598387> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1598387>; Langus, Gregor and Motta, Massimo, The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation (March 2007). CEPR Discussion Paper No. DP6176. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1133820>

особенно необходим контроль независимого органа над решением о её проведении – с точки зрения обоснованности такого решения. Что касается выбора из двух возможных вариантов предварительного контроля – судебного или прокурорского, то на наш взгляд более предпочтительным выглядит выбор в пользу санкции прокурора на возбуждение дела по статьям 11 и 16 Закона о защите конкуренции - по аналогии с согласием прокурора на возбуждение уголовных дел публичного обвинения по статье 146 УПК. Выбор в пользу именно прокурорской, а не судебной, санкции объясняется тем, что суду, если он уже ранее дал санкцию на проведение проверки, впоследствии будет сложнее критически отнестись к её результатам. Международная практика предлагает подходящие к таким случаям инструменты, не подрывающие внезапность, скажем, Anton Piller Order.

В конечном итоге мы приходим к следующим выводам:

-
- «фишинговые» проверки следует признать незаконными уже сейчас, то есть по действующему законодательству, поскольку основаны на неправильном толковании норм закона;
-
- даже если они будут, тем не менее, сочтены законными будущим решением ВАС РФ по заявлению ЗАО «Аргус-Спектр» (которое в настоящее время находится в ВАС на рассмотрении),²⁴ то они всё равно неразумны и экономически вредны, так что законодателю следовало бы однозначным образом вывести их за пределы допустимого;
-
- внезапные проверки должны быть обставлены условиями и ограничениями, которые перечислены нами выше.

²⁴ Дело ВАС РФ № [ВАС-7907/2013](#).

ПРИЛОЖЕНИЕ. Сведения из The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2014 (<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-lenieny/cartels-and-lenieny-2014>)

СТРАНА	Требуется ли для проведения внезапной проверки офисов санкция суда или иного независимого контролирующего органа ?
Аргентина	Да
Австралия	Да
Австрия	Да
Белоруссия	Нет внезапных проверок
Бельгия	Да
Бразилия	Да
Болгария	Да
Канада	Да
Китай	Нет
Колумбия	Нет
Кипр	Нет
ЕС	Нет
Финляндия	Нет
Франция	Да
Германия	Да
Греция	Нет
Венгрия	Да
Индия	Да

Израиль	Нет
Италия	Нет
Япония	Нет
Ю.Корея	Нет
Люксембург	Нет
Македония	Нет внезапных проверок
Нидерланды	Нет
Новая Зеландия	Да
Норвегия	Да
Португалия	Да
Румыния	Нет
Сингапур	Да
Словения	Да
ЮАР	Да
Испания	Да
Швейцария	Нет
Турция	Нет
Великобритания	Да
США	Да
