

Президиум ФАС: вопросы формирования и функций нового института

А.Н.Верещагин, доктор права, генеральный директор ООО "Институт прецедента"

В.В.Новиков, старший научный сотрудник Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте России. Член Экспертного совета при Правительстве РФ

Настоящая аналитическая записка подготовлена в рамках исполнения поручения Министра Российской Федерации М.А.Абызова (АМ-П36-66пр) от 29.08.2014 о подготовке позиции по формированию и функциям Президиума ФАС России, который мог бы быть наделен правом пересмотра антимонопольным регулятором решений территориальных органов и нижестоящих инстанций.

2.1. Описание проблемы

ФАС России является наиболее перегруженным антимонопольным органом из числа участников рейтинга Global Competition Review, включающего антимонопольных регуляторов из развитых и развивающихся стран. Так, на ФАС приходится 80% всех рассмотренных участниками рейтинга дел по злоупотреблению доминирующим положением, но при этом — только 24% совокупного персонала и 5% совокупного бюджета. В целом по данным самой ФАС, только за 2009-2012 гг. нагрузка в расчете на сотрудника выросла на 40%.

При этом, сами сотрудники в среднем обладают невысокой квалификацией. Низкая оплата (в регионах в среднем на 40% меньше, чем у сотрудников органов власти субъектов РФ) приводит к высокой текучке кадров (около 30% в год) и наличию множества сотрудников, работающих в ФАС короткий срок ради получения первой строчки в резюме.

В конечном счете эти факторы определяют низкие стандарты расследования дел (так, менее чем в 2% судебных дел упоминается хотя бы базовый экономический анализ — опрос или анкетирование потребителей для установления границ рынка) и высокий процент отменяемых в судах решений (более 40% от рассмотренных в судах дел по злоупотреблению доминирующим положением и антиконкурентных соглашениях).

При этом кадровый потенциал центрального аппарата ФАС выше, чем потенциал территориальных управлений. Вот почему центральный аппарат в принципе может исправить ошибки правоприменения, которые допускают сотрудники территориальных управлений, и задать единые стандарты рассмотрения дел. До некоторой степени эту роль может играть и Верховный суд РФ, однако его возможность рассматривать антимонопольные дела крайне ограничена.

2.2. Описание предлагаемого решения

Федеральная антимонопольная служба в поправках к четвертому антимонопольному пакету¹ предлагает создать «коллегиальные органы», аналогичные Президиуму упраздненного Высшего Арбитражного Суда, которым в ходе предшествующей этим поправкам дискуссии было дано название «Президиум ФАС» (сейчас уже существует орган с таким названием). По замыслу авторов поправок, этот Президиум будет иметь как правоприменительные (пересмотр решений), так и правотворческие функции (издание обобщений практики и руководств). Также предполагается, что состав этой инстанции будет определяться решением руководителя ФАС.

2.3. Эффекты и риски создания Президиума ФАС

2.3.1. Общие положения

Идея поправок четвертого антимонопольного пакета в части процедуры обжалования решений антимонопольных органов в Президиуме ФАС (далее – ПФАС) заимствованы из Арбитражного процессуального кодекса и Закона об арбитражных судах. Соответственно, до известной степени неизбежно возникновение проблем, аналогичных тем, с которыми сталкивался ВАС РФ при упорядочении судебной практики. Эти проблемы были недавно исследованы на примере ВАС РФ.² В целом, речь идёт о введении в российскую правовую систему новшества, именуемого «административным прецедентом»: правило, согласно которому административный орган должен принимать решения по аналогии с более ранними делами такого же рода.³

Упраздненный ВАС РФ и ФАС сходны в том отношении, что по сути оба имели право нормотворческой инициативы: хотя формально у ФАС законодательной инициативы никогда не было, Служба (вопреки, кстати, общему правилу для контрольно-надзорных ведомств) отвечает за нормотворчество в своей сфере, поскольку именно она готовит проекты законов, которые правительство потом вносит в ГД. Что касается ВАС РФ, то он имел право законодательной инициативы, но это не устраняло необходимость в наведении единообразия практики, поскольку, как ни совершенствуй законы – неважно, по инициативе какого именно ведомства – а расхождения в правоприменительной деятельности различных инстанций всё равно были и будут.

В связи с ликвидацией ВАС РФ потребность в специализированном трибунале для рассмотрения антимонопольных дел усилилась, поскольку есть серьезные сомнения, что Верховный Суд с учетом его нагрузки и давно сложившихся приоритетов сможет справиться с этой задачей лучше, чем это делал ВАС РФ.

Однако анализ опыта ВАС и системы арбитражных судов показывает, что возможные результаты функционирования ПФАС зависят от ответа на множество вопросов, многие из которых должны быть разрешены законодателем. При нынешнем неглубоком уровне детализации замысла он представляет собой лишь идею, но не работоспособную схему.

2.3.2. Сосуществование двух систем прецедентов

Создание Президиума ФАС приведет к существенному затруднению: возникнут две параллельные системы прецедентов, причём административные прецеденты ФАС должны будут согласовыв-

¹ http://regulation.gov.ru/project/22261.html?point=view_project&stage=2&stage_id=15708

² А.Н.Верещагин, А.Г.Каранетов, Ю.В.Тай. Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник ВАС РФ. 2013. № 6.

³ См. <http://precedent.hse.ru/news/104582784.html>

ваться с судебными прецедентами Верховного Суда, которые создаёт прежде всего соответствующая коллегия ВС и - в заведомо редчайших случаях – его Президиум. Прецеденты ПФАС не могут иметь неокончательный характер – их все равно можно будет обжаловать в судах.

2.3.3. Неясность процедуры обжалования Решений ПФАС

Важно разобраться, в какой судебной инстанции будет происходить обжалование решений ПФАС. Если сейчас решения территориальных управлений (УФАС) обжалуются в суде первой инстанции (арбитражный суд субъекта Федерации) и далее вверх по судебной вертикали, то решения Президиума ФАС должны будут рассматриваться как ненормативные акты федерального органа исполнительной власти и, как таковые, обжаловаться в Арбитражном суде г. Москвы – по некоторым оценкам, самом перегруженном суде в России. При этом истец (компания, предприниматель) может быть из далёкой провинции. Если же обжалуется решение УФАС, то порядок обжалования по состоянию на 2015 год выглядит совершенно иначе и может быть наглядно представлен в следующей таблице:

Порядок обжалования решения УФАС Хабаровского края без стадии обращения в Президиум ФАС России	Порядок обжалования решения УФАС Хабаровской области в случае обращения в Президиум ФАС России
АС Хабаровского края (г. Хабаровск)	Президиум ФАС России в г. Москве
6-й Апелляционный суд в г. Хабаровске	Арбитражный суд г. Москвы
Арбитражный суд Дальневосточного округа в г. Хабаровске	9-й арбитражный апелляционный суд (г. Москва)
Коллегия по экономическим спорам ВС РФ (Москва)	Арбитражный суд Московского округа (Москва)
Президиум ВС РФ (Москва)	Коллегия по экономическим спорам ВС РФ (Москва)
	Президиум ВС РФ (Москва)

Таким образом, удлиняется не только лестница обжалований, но и принципиально меняется процедура дальнейшего судебного обжалования, которая в таком случае концентрируется в Москве с её перегруженными судами. В такой ситуации юристы будут советовать клиентам-предпринимателям избегать обращаться в Президиум ФАС, если они находятся далеко, и практика Президиума утратит общероссийский характер, а будет основываться на антимонопольных делах, происходящих преимущественно из Центрального федерального округа. Иными словами, существует риск, что она приобретёт однобокий и отчасти случайный характер.

Подобное развитие событий иллюстрируется практикой обжалования налоговых инспекций. Начиная с 2014 года обжалование их решений в местной УФНС стало обязательной досудебной процедурой. После её прохождения у налогоплательщика возникает выбор: обращаться в местный суд или в ФНС. Опыт показывает, что в ФНС обращаются мало, поскольку в случае её отказа это

означает оспаривание решения в столичных судах, а не по месту жительства (нахождения) налогоплательщика (см. пример такого оспаривания в столичном суде - [Постановление ФАС МО от 25.05.2009 N КА-А40/3737-09](#)).

Напрашивается такой выход: внести какие-либо изменения в правила подсудности, которые исправили бы этот перекос и сделали обжалование решений Президиума ФАС удобным для бизнеса. Такое решение в принципе возможно. Могут быть следующие варианты:

-
- допустить их обжалование по выбору предпринимателя (альтернативная подсудность)
-
- дать возможность их обжалования по месту жительства предпринимателя (по месту нахождения компании).

Обжалование по месту нахождения компании может создать некоторые сложности самой ФАС – кто будет в таком случае её представлять? Выходом может быть назначение сотрудников местной УФАС в качестве представителей, хотя качество такой защиты будет наверняка более низким. Это даст некоторые преимущества бизнесу. В любом случае, без изменения законодательства о подсудности введение такого института, как Президиум ФАС, может оказаться холостым выстрелом – возможность обращаться в него предприниматели будут в значительной степени игнорировать.

2.3.4. Неясность соотношения с другими процедурами унификации практики

Возникает также вопрос, зачем Службе потребовалось введение апелляционной инстанции в виде ПФАС, имея в виду, что у неё есть и другие инструменты унификации практики, например, методики и методические рекомендации, в которых даются примеры корректного решения дел; почему эти (уже существующие) средства унификации недостаточны, разве нельзя их улучшить и т.д. Подобные инструменты издавна использовались Высшим Арбитражным и Верховным судами, а также судами кассационного уровня. Тот факт, что Президиум ВАС РФ решал, а Президиум ВС – и сейчас решает также конкретные дела, объясняется тем, что это первостепенная функция Президиума как высшей судебной инстанции, которая никому делегирована быть не может; руководство же судебной практикой является вторичной функцией высшего суда. В случае с ФАС данная аналогия не работает, потому что обжалование решений нижестоящих органов возможно в судебном порядке, то есть рассмотрению дела в Президиуме ФАС есть очевидная (судебная) альтернатива. Таким образом, не видно веских причин, по которым ФАС не могла бы направлять правоприменительную практику путем издания методических рекомендаций, анализом практики и дачей разъяснений – соответствующими правами она располагает на основании пунктов 5.4 и 6.3 Положения о ФАС, в котором, впрочем, не закреплена прямая обязанность территориальных органов этим указаниям следовать.

При этом не ясно, как уже существующие средства упорядочения практики будут соотноситься с новыми инструментами, издаваемыми от имени ПФАС (в плане юридической силы) и что делать, если между ними окажутся расхождения (а это вполне вероятно). Разнообразие инструментов, с помощью которых обеспечивается единство правоприменения, обычно порождает несогласованность, противоречия и путаницу между ними. Для сравнения: в системе арбитражных судов существовало четыре таких инструмента – постановления Пленума ВАС и информационные письма Президиума ВАС (т.н. абстрактные толкования законодательства, не имеющие привязки в конкретным делам), обзоры судебной практики и постановления Президиума ВАС по конкретным делам. Между ними нередко встречались противоречия. Такого разнообразия способов для

направления правоприменительной практики нет ни в одной другой развитой юрисдикции, и объяснить это разнообразие какими-то особенностями России нельзя. Поэтому применительно к арбитражным судам предлагается уменьшить это разнообразие,⁴ прежде всего за счет информационных писем и обзоров, поскольку создание прецедентов (решений по конкретным делам) в судебной системе неизбежно. В системе же антимонопольных органов ситуация противоположная: абстрактные разъяснения уже используются, в то время как прецедент (решение по конкретному делу) станет новым средством обеспечения единообразия практики. Поэтому для того, чтобы расширять набор этих средств, нужны веские причины. Их, однако, пока не предъявлено.

2.3.5. Неясность относительно обязательности обращения в ПФАС

Вообще, внутриведомственная апелляция целесообразна лишь в той мере, в которой она разгружает суды. Но для этого она либо должна быть явно привлекательной для «клиентов» (то есть компаний и предпринимателей) – и тогда они будут добровольно выбирать её, либо выступать в качестве обязательной досудебной процедуры (как апелляция в УФНС в системе налоговых органов). Из обсуждаемого предложения (законопроекта) неясно, чем такая апелляция будет привлекательна для «клиентов» ФАС; сделать же её обязательной пока не предлагается (хотя, быть может, имеется в виду сделать её таковой в будущем – но открыто об этом не говорится). Пока выбран вариант альтернативности (но не параллельности) этой процедуры процессу судебного обжалования. Может быть, это правильно, но если все заявители пойдут в суды, то ПФАС лишится возможностей (поводов) упорядочивать практику посредством решений по конкретным делам, и в лучшем случае он лишь сможет обобщать практику. Однако обобщать ее ФАС может и сейчас (п. 5.4 Положения о ФАС), и для этого вовсе не требуется создание Президиума.

Поскольку стандарты доказывания по антимонопольным делам в нынешних арбитражных судах довольно низкие, то Президиум ФАС теоретически имеет шанс оказаться привлекательным за счёт предъявления более высоких, по сравнению с судами, требований к доказательству нарушений антимонопольного закона. Однако эта вероятность скорее теоретическая – по двум причинам: 1) руководство ФАС, обремененное разнообразными делами, вряд ли сможет вникать в подробности конкретных дел более тщательно, чем судьи арбитражных судов; 2) руководство ФАС не может считаться более беспристрастным арбитром в споре нижестоящих налоговых органов и бизнеса, чем арбитражные суды; вполне естественную внутриведомственную солидарность было бы наивно сбрасывать со счетов.

2.3.6. Влияние прецедентов на права третьих лиц

Создание административных прецедентов в виде решений Президиума ФАС по конкретным делам означает, что такие решения будут затрагивать не только участников антимонопольного дела, но и заранее неизвестное число лиц, которые могут находиться в аналогичном положении и чьи интересы может, путём распространения по аналогии, затрагивать формируемая позиция ПФАС. Поэтому понадобится механизм, посредством которого такие лица могли бы представить свои соображения и доводы при рассмотрении дела, исход которого может повлиять на их собственное положение. Они должны получить статус, известный в судопроизводстве как «друг суда» (*amicus curiae*). Поскольку в предложениях ФАС об этой проблеме ничего не говорится, с этой стороны они как минимум нуждаются в доработке.

⁴ См. А.Н.Верещагин, А.Г.Карпетов, Ю.В.Тай. Указ. соч. (доступно онлайн http://m-logos.ru/img/file/65522200_karapetov.pdf).

2.3.7. Неясность оснований для переноса дел в ПФАС

Не вполне ясны и основания для переноса дел в Президиум ФАС. Нарушение «единообразия толкования и применения», о котором говорится в обсуждаемых поправках, как основание для обжалования охватывает, если подходить строго, только тот случай, когда в практике уже есть расхождения – но практика Президиума ВАС РФ показала, что эта формулировка понималась далеко не буквально и что неявно там действовали куда более широкие основания;⁵ соответственно, желательно разъяснить, что считается нарушением единообразия, а что – нет.

2.3.8. Учет специфики антимонопольных дел в структуре решений ПФАС

Очень важна также продуманность структуры решения ПФАС – насколько чётко будут разграничиваться существенные и несущественные обстоятельства, как будет излагаться юридическая суть решения (*ratio decidendi*) – поскольку именно от этого и зависит эффективность решения ПФАС в качестве средства достижения единообразия и ориентира для практики; надо заметить, что даже решения Президиума ВАС были далеки от эталона в этом отношении. А между тем антимонопольные споры отличаются особенно большим разнообразием обстоятельств и высокой ролью оценочных выводов (по внутреннему убеждению судьи); эти обстоятельства весьма сложно типизировать и ранжировать по степени их важности (существенности) для получения того или иного вывода; и поэтому без серьезной работы в данном направлении трудно ожидать от решений Президиума ФАС наведения порядка в правоприменительной практике.

2.3.9. Неясность правового статуса решений ПФАС для территориальных управлений

Предложение ФАС отличается и другими недостатками: так, неясно, каков будет правовой статус решений ПФАС для территориальных управлений. Должны ли управления учитывать эти решения или только *вправе* это делать? Скорее всего, подразумевается обязательность, но тогда должны быть отработаны четкие механизмы коррекции или отмены этих толкований в случаях, если сам Президиум ФАС сочтет необходимым внести коррективы либо его позиция не получит поддержки в арбитражном суде. При этом важно установить, во избежание недоразумений, что даже решение арбитражного суда первой инстанции, вступившее в законную силу, в котором толкование Президиума ФАС было отвергнуто, отменяет действие этого толкования без всякого специального подтверждения со стороны ФАС. Вместе с тем, имея в виду, как невразумительно пишутся порой решения арбитражных судов, мы предвидим возникновение спорных ситуаций, которые можно будет трактовать по-разному (как в пользу, так и против ФАС). Заметим, что в системе налоговых органов необходимое разъяснение было недавно дано ([Письмо ФНС России от 26.11.2013 НГД-4-3/21097](#)), хотя в нём как основание для дезавуирования позиций ФНС и Минфина признаётся признаются лишь противоположные им разъяснения высших судов, а в отношении остальных судов действует фигура умолчания.

2.3.10. Неясность относительно возможности обжалования обобщений практики

Необходимо также указать в самом законе – имея в виду также нынешнюю реформу судебного и процессуального законодательства, – где и как следует обжаловать издаваемые ПФАС обобщения практики (будут ли они рассматриваться как нормативный акт или нет). На наш взгляд, подобные обобщения (даже если они будут называться «рекомендациями») по существу будут играть роль нормативных правовых актов, и потому должны рассматриваться и обжаловаться как таковые.

⁵ Там же.

2.3.11. Неясность относительно процедуры рассмотрения жалобы

Четвертый антимонопольный пакет не упоминает о существенных частях процедуры рассмотрения жалобы в ПФАС, например, о необходимости заслушивания сторон спора.

3. Вывод

Польза от предложения от создания Президиума ФАС не очевидна до устранения множества перечисленных ранее неясностей. Законопроект в нынешней форме скорее заявляет идею, предназначенную для дальнейшей разработки, чем предлагает работающую схему ее воплощения. Мы не видим причин, по которым схема воплощения в жизнь этой инициативы должна разрабатываться «на ходу», а не формулироваться заранее. Только в последнем случае появится возможность взвесить все положительные и отрицательные стороны представленной идеи и застраховаться от нежелательных последствий.

В период до конкретизации этого замысла мы предлагаем альтернативные способы решения поставленных проблем в области ошибок правоприменения:

- передача нормотворческих функций ФАС в Минэкономразвития — это разрешить конфликт интересов, когда низкие стандарты доказывания сознательно закладываются в нормативные акты, чтобы облегчить работу ФАС как контролирующего органа;
- возложить функцию обобщения практики и создания руководств по правоприменению на Коллегию ФАС — уже существующий коллективный орган, включающий руководителя ФАС, его заместителей и руководителей территориальных органов ФАС: вовлечение руководителей теруправлений в принятие решений повысит реализуемость этих решений как с точки зрения содержания, так и готовности учитывать их на практике;
- изменить систему мотивации сотрудников ФАС, заменив ориентацию на высокие показатели нагрузки ориентацией на оценку экономического эффекта дел, что приведет к уменьшению нагрузки на сотрудника и повышению качества расследований.

Наряду с этим следует рассмотреть и возможность создания независимого от ФАС специализированного административного антимонопольного трибунала, что устранило бы еще один конфликт интересов — совмещение ФАС в одном лице функций проведения расследований и вынесения решений на их основе. Независимый антимонопольный трибунал существует во многих странах, что позволяет оценить преимущества и недостатки такого органа на фактическом материале.