



**НОВИКОВ
ВАДИМ
ВИТАЛЬЕВИЧ**

старший научный
сотрудник Института
прикладных
экономических
исследований РАНХиГС



**ТАЙ
ЮЛИЙ
ВАЛЕРЬЕВИЧ**

управляющий партнер
Адвокатского бюро
«Бартолиус», кандидат
юридических наук

СОСТОЯНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПРАВООПРИМЕНЕНИЯ: ВЗГЛЯДЫ СУДЕБНЫХ ЮРИСТОВ

ФАС России является активным правоприменителем, с деятельностью которого сталкивается широкий круг заинтересованных лиц. В настоящей статье предложен взгляд на различные аспекты антимонопольного правоприменения со стороны участников Ассоциации антимонопольных экспертов профессионального сообщества, занятых в антимонопольном правоприменении. Исследование имело задачей определить те аспекты работы ФАС России и судов, которые, на взгляд респондентов, могут считаться удачными, а также те, в которых качество правоприменения может быть улучшено.

Ключевые слова: антимонопольное правоприменение, ФАС России, Ассоциация антимонопольных экспертов, GAL Competition Project

Закон — не заклинание. Закон исполняется при посредничестве людей, и это посредничество неизбежно откладывает на происходящее свой отпечаток.

Известный юрист Ойген Эрлих, имея в виду Францию, говорил: кто знает только законы страны, тот не имеет понятия о действующем в ней праве¹. Авторитетные экономисты Эдвард Глейзер и Андрей Шлейфер отмечают², что в странах «с низким уровнем закона и порядка» попытка улучшить работу рынка, весьма вероятно, ухудшит положение, так как законы, регулятивы

¹ «Whoever knows merely the statutory law of France has no conception of the law as it actually there exists» (Ehrlich E. Judicial freedom of decision: its principles and objects. URL: https://archive.org/stream/cu31924072445186/cu31924072445186_djvu.txt (дата обращения: 20.02.2020)).

² На январь 2020 г. занимают первое и пятьдесят второе место в мире по уровню цитирования. См.: <https://ideas.repec.org/top/top.person.all.html#psh93> (дата обращения: 20.02.2020).



VADIM V. NOVIKOV

Senior Research Fellow
of Institute of Applied
Economic Research at
the Russian Presidential
Academy of National
Economy and Public
Administration

ANTITRUST LAW ENFORCEMENT: THE VIEWS OF COURT LAWYERS

YULIY V. TAY

Managing Partner at
Bartolius Law Office, PhD
in Law

The FAS Russia is an active law enforcement agency with a wide range of stakeholders. This article offers a view on various aspects of antimonopoly enforcement by members of the Association of Antimonopoly and experts of the professional community engaged in antimonopoly enforcement. The study aims to identify some operations of the FAS Russia and domestic courts that are judged by the respondents as “successful” or “requires improvement”.

Keywords: antimonopoly enforcement, FAS Russia, Association of Antimonopoly Experts, GAL Competition Project

и сама справедливость будут извращены и на их извращение будут потрачены ресурсы, а цель останется недостигнутой³, причем в качестве первой же иллюстрации тезиса авторы берут Россию — пусть и начала девяностых.

Уточним: в качестве первого примера извращения справедливости Эдвард Глейзер и Андрей Шлейфер взяли не просто Россию начала девяностых, а работу антимонопольного органа, который в тот период

«даже не пытался регулировать» деятельность крупных предприятий с политическим влиянием, однако включил в реестр монополистов «малые фирмы, такие как пекарни» и стал контролировать их работу, а вместе с этим получать с них взятки. Тем интереснее разобраться, что про российское антимонопольное правоприменение — в ФАС и в судах — можно сказать сейчас. Поэтому авторы настоящей статьи, юрист и экономист, в начале 2019 г. начали исследование жизни хорошо известной им сферы антимонопольного правоприменения.

С этой целью мы взяли анонимные фокусированные интервью у членов Ассоциации антимонопольных экспертов, отобранных в первую очередь на основе опыта участия в судебных разбирательствах. Отме-

³ «Justice will be subverted, and resources will be wasted on subversion without successfully controlling market failures» и аналогичные соображения см.: Glaeser E.L., Shleifer A. The rise of the regulatory state // Journal of economic literature. 2003. Vol. 41. No. 2. P. 401–425.

тим, что фокусированные интервью — это один из качественных методов социологического исследования⁴. Перед нами не стояла задача выявить число разделяющих то или иное заранее сформулированное исследователем мнение, как это бывает в случае применения методов анкетирования или стандартизированного интервью, — целью было определение самого спектра имеющихся взглядов. К такого рода исследованиям неприменимы обычные для количественных исследований количественные критерии репрезентативности, однако сам вопрос о репрезентативности остается в силе и требует проверки того, предприняты ли достаточные усилия для идентификации позиций, которые, возможно, не были представлены, и для интервьюирования сторонников этих позиций.

Оптимальная численность опрошенных при таком подходе зависит от связанных друг с другом обстоятельств — однородности опрашиваемой совокупности индивидов и способности нового интервью дать приращение знаний о возможных позициях по сравнению с уже собранными мнениями. В случае относительной однородности оптимальным считается опрос «около 20» респондентов⁵. Учитывая эти обстоятельства (заметим, что члены профессионального сообщества относительно однородны, активно обмениваются мнениями друг с другом, что создает условия для формирования общей картины мира), мы остановились на шестнадцати респондентах

Исходя из соображений репрезентативности, мы позаботились о том, чтобы в число опрошенных попали и корпоративные юристы, и сотрудники юридических фирм, как российских, так и иностранных. Среди интервьюируемых были и те, кого мы изначально видели как в целом одобряющих существующий уровень правоприменения, и те, кто настроен критически. Почти все респонденты имеют опыт работы в изучаемой сфере более десяти лет, а некоторые работают в ней начиная с девяностых годов. Мы очень благодарны всем респондентам за потраченное время.

Предваряя изложение мнений наших коллег, поделимся самым общим человеческим выводом: мы были удивлены, насколько по-разному зачастую видят происходящее практики и как мало позволяют обнаружить это разнообразие традиционные юридические конференции. Думается, как сходство взглядов — там, где оно есть, — так и их различие в некоторых вопросах в конечном счете позволят получить более объективную, чем любое отдельно взятое мнение, картину происходящего.

И в ходе интервью мы убедились, что для получения этой картины мало знать регулятивные акты. Вспоминая первые впечатления от знакомства с антитрастом, опрошенные отмечали: «Прочитать и понять, что тебе сказали, — невозможно» (Д., руководитель подразделения в корпорации), «Не было так, что мы прочли и поняли, почитали литературу и применили. Наоборот, мы заходили в дело, и разбирались в нем, и потом понимали, как же эта норма работает» (Р., адвокат).

При подготовке к интервью мы хотели сделать возможным сравнение с другими странами и поэтому опирались на международное исследование антимонопольного правоприменения, проведенное *GAL Competition Project*, прежде всего на опросник, который был составлен чилийскими участниками этого международного коллектива⁶. Еще одним источником для составления нашего опросника стали результаты ежегодных опросов членов Ассоциации антимонопольных экспертов, в которых помимо количественных оценок публикуются замечания респондентов по многим аспектам правоприменения⁷. Обработка полученных расшифровок интервью (как правило, интервью длились от одного до трех часов) проводилась в NVivo10 — программе для анализа качественных данных, в которой фрагменты текста респондентов кодировались и сопоставлялись исходя из поднимаемых во фрагментах вопросов.

⁴ См.: Белановский С.А. Методика и техника фокусированного интервью: учеб.-метод. пособие. М., 1993. С. 21–29, 96–100.

⁵ См. там же. С. 109.

⁶ См.: The design of competition law institutions: global norms, local choices / ed. by E.M. Fox, M.J. Trebilcock. Oxford University Press, 2013.

⁷ См.: http://competitionsupport.com/stuff_type/otchety/ (дата обращения: 20.02.2020).

В целях получения общей картины этот опрос юристов можно рассматривать как дополнение к опросу сотрудников ФАС, проведенному Институтом проблем правоприменения при участии одного из авторов настоящей статьи⁸ и позволившему донести до профессионалов и общественности⁹ их (сотрудников ведомства) озабоченность как внешними сложностями, в частности недостатками в деятельности судов, так и внутренними проблемами в работе службы, в частности давлением «палочной системы».

Из этих интервью видно, что «палочная система», которая, с точки зрения подконтрольных службе предпринимателей, выглядит как нежелательное наращивание количества дел, с позиции отдельного сотрудника также выглядит как нежелательное явление, как увеличение нагрузки в расчете на человека и риски сверхурочной работы.

Нынешняя публикация, полагаем, расширит число тех, чье мнение будет услышано профессионалами и общественностью. При этом мы осознаем, что будут и те участники антимонопольного правоприменения, чье мнение останется «недопредставленным», в особенности активно судящиеся с ФАС представители субъектов малого бизнеса, которых редко приглашают на конференции, к которым обычно не обращаются за комментариями СМИ и которые, как правило, в разбирательствах с ФАС полагаются на собственные силы, а не на преобладающие в Ассоциации антимонопольных экспертов известные юридические фирмы. Вот почему на следующем этапе исследования мы планируем дополнить интервьюирование более широким анкетированием¹⁰, которое позволит учесть мнение не попавших в это

качественное исследование заинтересованных лиц, и уже с его учетом сформировать собственные выводы, от которых на данном этапе исследования по возможности воздерживаемся.

1. Два антимонопольных органа

Применительно к ФАС наши вопросы о характеристиках правоприменения касались службы как таковой, однако в ходе интервью раз за разом обнаруживалось, что там, где мы видим один антимонопольный орган, наши собеседники видят как минимум два — «центральный аппарат» и «территориальные органы».

«Местные антимонопольные органы очень сильно оторваны от центрального аппарата, и эта разница очень сильно видна. Внизу это государство в государстве, а центральный аппарат — это мощный профессиональный участник рынка, он отдельно от них. Он их одновременно покрывает, потому что они вроде все дочки, но одновременно он совсем другой» (Р., адвокат).

Именно территориальным органам — «терам» на антимонопольном жаргоне — опрошенные адресуют самые нелестные и эмоциональные характеристики: «это кошмар», «[территориальные органы] это такая странная структура, абсолютно несамостоятельная, полностью укомплектованная безграмотными людьми» (К., партнер адвокатского бюро (далее — АБ)). Другой собеседник отмечает, что «по решению центрального аппарата у меня нет эмоционального момента, когда ты... думаешь, что это ни в какие ворота уже не лезет», но это «бывает иногда в решениях территориальных органов» (Л., партнер юридической фирмы (далее — ЮФ)).

При этом некоторые собеседники оговариваются, что все «теры» нельзя мазать одной краской — некоторые готовят решения «не хуже, чем центральный аппарат, иногда даже лучше» (Л., партнер ЮФ). Один из собеседников обратил внимание на личные качества сотрудников «теров» — «[там] я иногда встречаю искренних людей, что удивительно мне до сих пор. [Они] болеют за свою работу, превратно ее понимая, может быть», тогда как в центральном аппарате «бывает профессиональнее, но намного циничнее» (В., партнер ЮФ).

⁸ См.: Новиков В., Панях Э., Халиуллина Л. Влияние бюрократических систем оценки и отчетности Федеральной антимонопольной службы на характер и результаты ее работы. URL: https://enforce.spb.ru/images/Issledovaniya/2014/2014.09_FAS_Report.pdf (дата обращения: 20.02.2020).

⁹ Этому способствовало попадание работы в число 14 самых интересных исследований об экономике России по версии экспертного портала ВШЭ. URL: <https://iq.hse.ru/news/177665974.html> (дата обращения: 20.02.2020).

¹⁰ Подробности будут опубликованы в блоге Юлия Тая на «Закон.ру»: <https://zakon.ru/tay/blogs> (дата обращения: 20.02.2020).



2. Достаточность полномочий ФАС

Опрошенные едины в том, что в целом имеющихся у ФАС полномочий достаточно для решения поставленных перед нею задач. «Я не знаю, чего ему [антимонопольному органу] может не хватать» (О., партнер ЮФ).

Тем более что формально закрепленные полномочия, возможно, не так уж сдерживают ФАС. «Там, где [ему] вдруг полномочий не хватает, антимонопольный орган осуществляет толкование положений закона таким образом, чтобы хватило» (Б., руководитель практики в АБ). «ФАС не стесняется пользоваться... полномочиями шире, чем концепция, чем то, что... в них лежит» (В., партнер ЮФ). Сдержки, если о них говорить, имеют скорее неформальную природу: «У ФАС полномочий достаточно сделать с вами все, что они хотят сделать. Другой вопрос — все мы прекрасно понимаем, что так нельзя. И у них есть чувство самоограничения, однозначно. И не потому, что ты в суд придешь и их отменишь. А потому, что просто скажут — вообще как-то не по-пацански получается» (О., партнер ЮФ).

В то же время некоторые опрошенные видят нехватку полномочий, а именно тех, которые позволили бы службе пресекать противодействие своим проверкам. «Полномочий явно не хватает. Нужны очень серьезные санкции за противодействие, проведение проверок», — говорит К., партнер АБ, также замечая, что у ФАС есть «много сфер деятельности, которых быть не должно», в частности регулирование тарифов.

Среди опрошенных распространено мнение, что ФАС нуждается не столько в новых полномочиях, сколько в освоении уже имеющихся.

Полномочия «можно оценивать как эффективные, особенно если бы они всегда добросовестно и качественно использовались» (Б., руководитель практики в АБ), «инструментарий достаточен, вопрос умения пользоваться этим инструментарием» (Е., руководитель подразделения в корпорации), «полномочий вполне достаточно, и вопрос в том, чтобы эти полномочия правильно применять» (М., руководитель подразделения в корпорации).

3. Подотчетность

При оценке деятельности любого государственного органа важен вопрос подотчетности и возможного воздействия на его работу и функционирование как со стороны других государственных органов, включая высшую политическую элиту, так и со стороны общества, от официальных лоббистов до скрытых агентов влияния. Имеется в виду не только подотчетность в буквальном смысле слова (как форма подчинения и реакции на критику и окрики (приказы) вышестоящих государственных органов и лиц), но и способность гражданского общества и профессионального сообщества контролировать работу органа и при необходимости выступать в качестве эффективного элемента сдержек и противовесов.

Среди опрошенных очевидно присутствует консенсус относительно независимости антимонопольного органа, чему, с их точки зрения, не противоречит существование отмечаемых ими политических дел (например, дел в отношении цен на бензин или гречку). Респонденты отмечают огромное влияние и неформальную силу руководства ведомства, которое явно непропорционально формальному статусу службы, который ниже министерского.

«ФАС по своему положению... зачастую выше министерств» (В., партнер ЮФ), «у нас две этих службы монструозных. Вроде они не министерства, но могут все. ФАС и ФСБ... Всепроникновение, вседоступность... к информации, сейчас закон о банковской тайне лоббируют, хотят добиться закона о связи — просто ФСБ в экономике еще одно» (Б., руководитель практики в АБ).

Происхождение этого влияния подробно не объясняется, однако большая часть опрошенных связывает его с личностью руководителя ФАС И.Ю. Артемьева. «То, что ФАС представляет на сегодняшний момент, — это во многом Артемьев, и по полномочиям, по набору, и по открытости» (Г., партнер ЮФ).

Административный вес И.Ю. Артемьева оценивается как очень высокий. «Президент и премьер. Все остальные не могут дать такого стопроцентного указания. У меня такое понимание, исходя из моего опыта, вряд ли оно изменится» (Ж., партнер ЮФ). «Здесь даже...

политические тяжеловесы не играют сдерживающей роли» (Б., руководитель практики в АБ).

Многие специалисты убеждены, что ФАС самостоятельно определяет свою повестку и политику, а также продуцирует нормативные акты, которые потом применяет. Часть опрошенных полагают неоптимальной или недопустимой ситуацию, когда государственный орган сам является автором нормативных актов, которые, по идее, должны ограничивать полномочия, определять границы и порядок надзора за ним.

«Я думаю, ФАС должна быть подчинена напрямую правительству, потому что правительство находится по закону вне контроля ФАС... Все нормативные документы, которые ФАС для себя пишет, [должны быть постановлениями правительства], а не нормативными актами ФАС. Как говорят, никто не должен быть судьей в собственном деле, соответственно, никто не должен правила для себя писать... потом нужно будет доказывать в суде, что ты собственным правилам не следовал. Надо, чтобы кто-то другой для тебя правила писал, а не ты сам» (К., партнер АБ).

Если говорить о воздействии на ФАС со стороны общества, начиная от общественных организаций (ОПОР, РСПП, «Деловая Россия», ОКЮР, Ассоциация антимонопольных экспертов и т.д.), заканчивая теневыми лоббистами и СМИ, то тут при определенных стилистических и непринципиальных отличиях интервьюируемые убеждены, что степень их влияния невысока.

«Ощущения подотчетности у меня нет вообще. Что касается любой формы общественного контроля, то, мне кажется, в политических элитах какое-то странное отношение к антимонопольному органу сложилось: дескать, это что-то такое неясное, это такая сфера регулирования, что о-о-о... Вот у нас есть команда людей, которая руководит этими ведомственными инструментами для начала, и никто больше не справится. Мне кажется, они очевидно формируют о себе такое представление... они незаменимы, причем конкретные люди незаменимы» (Б., руководитель практики в АБ).

Менее скептически настроенные респонденты проводят различие между профессиональными объединениями юристов, где «ФАС в большей степени при-

слушивается не по ключевым вещам, а относительно того, как это лучше реализовать», и бизнес-ассоциациями, которые все же могут выступать «концептуально против» (М., руководитель подразделения в корпорации).

Роль профессиональных объединений при этом видится прежде всего как «защита от дурака», способ не допустить технической ошибки, тогда как принципиальные вопросы и позиции остаются неизблевыми. «Контролем это нельзя назвать ни в коем случае... Просто когда выступают юристы, которые в совокупности имеют большой опыт, и говорят: слушайте, в судах это просто не пройдет как норма, [то] как вы написали, вообще работать не будет. ФАС говорит: ну да, наверное, действительно не будет» (Г., партнер ЮФ). «Взять активности ФАС по нормотворчеству, и ты не найдешь толком внятных ответов на критику проектов нормативных актов, она будет ни о чем. И их это не пугает. Если они что-то задумали, они знают, как они с этим управятся» (И., партнер ЮФ).

4. Квалификация

Говорить о квалификации объективно достаточно сложно, если вообще возможно, поскольку трудно представить себе какую-то объективную оценку или экзаменацию основных акторов антимонопольного права. Тем не менее всем участникам обсуждения были заданы вопросы о компетенции как сотрудников ФАС, так и судей, которые рассматривают подобную категорию споров.

Ответы и оценки здесь расходятся, но мы выделили некоторые характерные суждения.

Во-первых, уровень квалификации сотрудников регулятора кардинально отличается при сопоставлении центрального аппарата и территориальных управлений — разумеется, не в пользу последних. Этот вопрос мы уже осветили ранее.

Во-вторых, если говорить о тенденциях, можно сделать предположение, что уровень квалификации сотрудников ФАС растет, тогда как судей — стагнирует или даже ухудшается. Один из собеседников отмечает, что «в центральном аппарате качество и



квалификация людей с годами растет. И все больше и больше я смотрю — все аккуратнее и аккуратнее с выводами, по моим ощущениям, антимонопольная служба», а это «неминуемо влияет на результат судебный. Потому что если раньше было проще — ой, этот метод не применили, а этот надо было применить, то сейчас уже все применили» (А., партнер АБ). «Теперь мало по каким делам увидишь у специалиста ФАС картонную папочку, которую он за 15 минут до этого открыл» (Б., руководитель практики в АБ). В судах же, напротив, «все чаще попадают кейсы к судьям, которые не очень понимают, о чем идет речь. Может быть, потому что судейское новое поколение пришло» (А., партнер АБ).

В-третьих, оценки собственно текущего уровня квалификации разнятся в зависимости от того, о какой квалификации идет речь — правовых познаниях, экономической компетентности или погруженности в отраслевую специфику дела.

Принято думать, что и сотрудники регулятора, и арбитражные судьи лучше всего осведомлены (включая сюда процессуальный опыт и навыки) в области права.

«ФАС часто бывает довольно убедительна в судах, по крайней мере ее ведущие судебники весьма подкованы и хорошо жонглируют цифрами... Там любой человек приходит [и] за полгода становится профессиональным, насобачивается. Потому что поток дел... Судебники ФАС часто дадут фору очень многим консультантам» (В., партнер ЮФ). Применительно же к судьям отмечается: «Достаточно почитать закон, какой-то комментарий, и все понятно. Там основная сложность в экономике... Поэтому правовые познания судей... которые занимаются этими делами, — абсолютно нормальные» (К., партнер АБ).

При этом опрошенные склонны думать, что решения по антимонопольным делам внутри ФАС принимают отраслевика, а не юристы, которым лишь остается эти решения представить и защитить в суде. «Позиция отраслевого управления всегда главная. [Если] отраслевое управление говорит — надо возбуждать дело, а правовое управление говорит — недостаточно у вас доказательств, дело будет возбуждено» (Г., партнер ЮФ). В то же время отраслевика, как можно заключить, принимают решение на основе других, нежели применимые в суде, соображений: «Если они

приводят кого-то из отраслевого управления, то [коллеги] обычно ему не дают говорить. Потому что, если он начинает говорить, мы его быстро топим. Ему не хватает права, понимания процесса и как надо себя вести, и на какие вопросы отвечать. И только хуже становится» (В., партнер ЮФ).

По поводу же профильной компетенции отраслевых управлений наблюдается заметное расхождение в оценках. Одни полагают, что «там люди всегда, особенно если давно работают, в своих отраслях понимают» (А., партнер АБ). Другие проводят различие между рынками, которые существуют «уже очень долго» и которыми люди занимаются «дольше года, что тоже не так часто встречается последнее время», а потому аккумулировали по ним «некое знание», и новыми рынками, которых «все больше и больше», где ситуация хуже (Л., партнер ЮФ). Третьи полагают, что с отраслевыми знаниями «полная катастрофа», причем «сплошь и рядом» «решения по рынку» принимают люди, которые «не имеют никакого знания об этом рынке» (В., партнер ЮФ).

Про отраслевые знания судов в целом — большинством опрошенных скорее неявно — предполагается, что «судья ее [отраслевую специфику] никогда не поймет. Потому что вряд ли он получит два дела с одними и теми же отраслевыми вопросами», однако если судья готов слушать, это исправимо — «если адвокат грамотный, он на пальцах все расскажет» (К., партнер АБ).

Опрошенные юристы ЮФ скептически относительно экономической квалификации ФАС: «...не вижу во многих отчетах руку экономиста. Я вижу больше руку отраслевика» (Г., партнер ЮФ), «никогда ты не получишь внятный ответ на твое экономическое обоснование» (И., партнер ЮФ). Однако корпоративные юристы признают некоторую силу ФАС в сфере экономики, предположительно сравнивая ее с сильной стороной собственной подготовки, отраслевыми знаниями: «...отраслевое хуже, но экономика более-менее» (З., руководитель подразделения в корпорации), «особого смысла как-то пытаться переубедить ФАС в экономике, наверное, нет... Если ранжировать [подготовку ФАС] — экономика выше, право чуть ниже, еще ниже знание технических аспектов» (М., руководитель подразделения в корпорации). От судов знания экономики собеседниками вообще не ожидается.

При сравнении компетенции сотрудников ФАС и судов собеседники дают прямо противоположные оценки.

«Затрудняюсь с этим вопросом. Это меняется. В среднем у ФАС на три-четыре балла больше» (Н., юрист).

«Сто процентов компетенция судьи всегда находится либо одинаково, либо выше даже, чем самого главного и самого компетентного в ФАС» (Р., адвокат).

5. Право на защиту

Вопрос защиты прав хозяйствующих субъектов как на стадии разбирательства в антимонопольном органе, так и в суде был ключевым в каждом интервью. Было заметно, что он вызывает эмоции. Опрошенные включались в обсуждение, речь становилась более яркой и насыщенной риторическими приемами. И хотя оценки и примеры были очень разными, в фактах наблюдается значительное сходство.

Все опрошенные уверены, что на стадии рассмотрения дела в ФАС состязательности нет, а есть волюнтаризм и инквизиционный процесс.

«Не очень комфортно, когда ты понимаешь, что тебя, скорее всего, не услышат» (К., партнер АБ).

«[Комиссия] вас спрашивает, а вы ей долго объясняли, два часа объясняли. А потом вам хочется спросить: вы согласны, в моих словах вас что-то убеждает? Хочется спросить просто по-человечески, но это невозможно» (Г., партнер ЮФ).

«Я не считаю процесс ФАС состязательным. Никакой не состязательный это процесс, называется „инквизиционный“. Роли там распределены таким образом, что обвинитель и судья — это одно и то же лицо. Соответственно, это уже накладывает определенный отпечаток на то, [что] происходит» (Л., партнер ЮФ).

«Для нее эта процедура — это не поиск правды, это процесс по установлению своей правоты с минимальными издержками, с минимальным количеством факторов, которые на этот процесс влияют, в том числе всякие креативы адвокатов, экономистов и прочее» (И., партнер ЮФ).

Также общим и консолидированным является суждение о том, что ФАС, проводя разбирательства, до последнего момента не раскрывает бизнесу суть предъявляемых обвинений, тем самым упрощая себе работу икратно затрудняя защиту субъекту расследования, причем механизм заключения об обстоятельствах на основе ст. 48.1 Закона о защите конкуренции¹¹ тоже не помогает.

«Процесс носит инквизиционный, обвинительный уклон, ты здесь исключительно в оправдательной позиции, и достаточно сложно, в связи с тем, что эта игра в молчанку... догадаться, чего же он там генерит у себя, и пытаться по аудиозаписи, по вопросам, мимике и жестам понять, куда же клонит ФАС. По запросам, которые он направляет, по вопросам, которые он тебе задает: что же в его голове складывается, какая картинка? И механизм заключения об обстоятельствах дела, который направлен на то, чтобы преодолеть игру в молчанку... на самом деле реально ничего не изменил. Просто нам сказали, что „мы проект решения вам выдадим за месяц“. Всё» (Р., адвокат).

Основной причиной для подобного жесткого и неприемлемого обвинительного уклона эксперты считают не столько злой умысел, желание злоупотребить властью или даже недостатки компетентности регулятора, сколько пресловутую защиту «чести мундира» и инерцию обвинения (раз уж потратили год на расследование, то не может быть оправдания).

«Это один в один как с уголовным делом. Если возбудили — значит, все, привет, в суд пойдет» (К., партнер АБ).

«Сложность именно в том, что дело было возбуждено. Был некий анализ, и этот анализ делали некие люди, подписывали его тоже некие люди. Соответственно, признать спустя три или четыре месяца рассмотрения дела, что была какая-то промашка, сложно психологически. Это сложно, и в этом и проявляется характер обвинительный» (Л., партнер ЮФ).

Надежды на оправдание в ФАС связаны скорее с использованием неформальных механизмов.

¹¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».



«Другое дело, что когда есть какие-то возможности на личных контактах объяснить, за пределами комиссии, — так все делают, понятно, что ни о какой коррупции речь не идет. Просто ты знаешь человека, ты к нему идешь: давай пообщаемся, ну чего вы творите! По-человечески. Это работает» (К., партнер АБ).

Разумеется, юристы уделяют большое внимание возможностям судебной защиты. Все опрошенные участвовали в судах (это было критерием отбора респондентов) и периодически добивались справедливости.

Несмотря на большое разнообразие ответов на данный вопрос, были высказаны следующие консенсус-мнения.

Равноправия между сторонами нет, и, хотя по закону доказательственная презумпция на стороне предпринимателя, а не государственного органа, по факту суд всегда, при прочих равных, на стороне регулятора.

«Есть уклон, безусловно. 100% есть уклон, потому что они госорганы, они контрольные, они профессиональные» (Р., адвокат).

«На процедурные нарушения ФАС, мне кажется, суды вообще внимания не обращают, это полная индульгенция, как жалеют сырых и убогих. Все прощают и смотрят суть. То есть хорошо, не дали тебе что-то, но сейчас же они принесли — давайте, доказывайте» (К., партнер АБ).

«Я сужу об этом по реакции моих новых сотрудников, которые приходят из антимонопольных органов... Выходят с невероятным энтузиазмом, и после первого же проигранного процесса у них кардинально меняется взгляд. Они не понимают, как можно было при таком наборе доказательств занять другую позицию... То есть, когда вы против нас, вы приходите к себе обратно после процесса и рапортуете своему начальству об успехе — это не ваш успех. Это успех бремни доказывания» (И., партнер ЮФ).

Опрошенные уверены, что выиграть у ФАС возможно, и это фактически происходит, но только при значительном преимуществе.

«Выиграть у ФАС в суде нужно... *нокаутом*, а не по очкам. То есть, если ситуация пятьдесят на пятьдесят,

скорее всего, суд все-таки будет доверять государственному органу» (Г., партнер ЮФ).

«Чтобы выиграть в суде, [надо обладать] *значительным преимуществом*» (О., партнер ЮФ).

«Надо понимать, что бремя доказывания на тебе; надо не просто сказать, что ФАС допустила ошибку. В правильном процессе этого должно быть достаточно, но в нашей действительности надо сказать, что она совершила ошибку, что ты ее не совершил, что ФАС *фундаментально*, по-человечески, была не права... Просто это *сверхусилие* всегда» (В., партнер ЮФ).

Заметим, что даже при этом ощущении уклона и возможности выиграть только нокаутом выигрыш заявителя совсем не редкость. Так, по данным сервиса *Caselook*, в 2019 г. арбитражные суды субъектов РФ вынесли 598 решений по ст. 10 Закона о защите конкуренции («Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением»), и в 48,5% случаев требования компаний-заявителей об отмене актов ФАС были полностью или частично удовлетворены. По ст. 11 Закона («Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов») за этот же период вынесено 331 решение арбитражных судов субъектов РФ, и в 42,9% случаев требования удовлетворены.

Собственный подсчет одного из авторов настоящей статьи на основе решений, которые опубликованы в <http://kad.arbitr.ru/>, дает для 2019 г. несколько другие, но сопоставимые результаты: 34,2% полного и частичного удовлетворения требований по ст. 10 и 41,4% — по ст. 11¹². Таким образом, даже с учетом воспринимаемого уклона в пользу ФАС выигрыш в суде является статистически весьма вероятным.

Необходимо отметить, что при этом нет однозначного мнения о причинах воспринимаемого уклона.

«А почему у судьи так? Потому, что ему просто на все наплевать или потому, что он понимает, что ему нельзя

¹² Аналогичные подсчеты для 2018 г. см.: <http://antitrusteconomist.ru/research/show/bas2019>. Исходные данные см.: <http://antitrusteconomist.ru/research/show/database2018> (дата обращения: 20.02.2020).

выбиваться из графика и пошли вы все отсюда? Или потому, что у него есть указания провести спор и держать интересы государства и пошли вы отсюда опять? ...я здесь не берусь судить» (Б., руководитель практики в АБ).

Некоторые полагают, что суду поддержать ФАС элементарно проще.

«Проще же написать решение, признать законным и установленным нарушение, и все хорошо. А если ты пишешь о том, что решение ФАС надо отменить и нужно юридическую работу сделать больше, но помимо этого тебе потом надо будет объяснять... почему это надо сделать. Потому что это бюджетные деньги, как правило, и это государственная исполнительная власть» (Л., партнер ЮФ).

Другие отмечают «глобальные политические резоны», особо выделяя изменения в судах после 2014 г.

«В судах проблема в том, что сейчас, видимо, какой-то тренд все решать в пользу государства. Поэтому в суде добиться отмены решения ФАС крайне тяжело. Я не знаю, откуда такой тренд, видимо, какая-то команда прошла, это абсолютно везде, в любом регионе... По моим ощущениям, это все началось с проблем Украины и санкций, 2014–2015 годы, и год от года все хуже и хуже» (К., партнер АБ).

«Все очень банально до печального. 2014 год, кризис наполнения бюджета, и в итоге у нас страдает от этого независимая судебная власть, как я это вижу» (Л., партнер ЮФ).

«[После 2014 года] они боятся поперек дороги идти... Раньше их можно было увидеть на конференциях антимонопольных, где он или она там что-то рассказывали, спорили — сейчас в принципе они там не появляются, даже в качестве слушателей. Наверное, есть причина какая-то. Не велят» (О., партнер ЮФ).

Также подавляющее большинство опрошенных убеждены, что споры с антимонопольным органом можно выиграть лишь в первой инстанции, поскольку только эта инстанция может подробно и детально изучать и исследовать доказательства, опрашивает специалистов и экспертов, использует институт судебной экспертизы. Эффективность проверочных инстанций, особенно апелляционной, оценивается не очень высоко.

«Ну это мое мнение, что по этим делам апелляция, к сожалению, повторяет в основном выводы первой инстанции. Там, где нам удавалось (были в свое время кейсы по электрике, связанные с антимонопольным контентом)... там были судьи в апелляции, которые более внимательно на это смотрели. А так не могу сказать, что апелляция — это эффективный инструмент. Скорее кассационная инстанция помогает» (А., партнер АБ).

«Если вы хотите выиграть в суде у ФАС, вы должны выиграть в первой инстанции. Если вы в первом суде проиграли, ваши шансы в любой последующей [отстоять] свою позицию стремятся к минимальным» (Г., партнер ЮФ).

«Если ты проиграл в первой инстанции, то шанс изменить [что-то] в последующих — очень низкий. Поэтому все так просто банально, и даже нет такого ощущения, что это в каждом конкретном случае [кто-то] приходит, звонит, на чем-то настаивает. Нет, мне кажется, уже имеет место некий изначально выработанный подход. Можно сказать, что это самоцензура у судей, которые рассматривают вопрос по обжалованию решений» (Л., партнер ЮФ).

6. Что волнует опрошенных

В завершение интервью мы обычно задавали вопрос о том, какие темы, помимо уже поднятых нами, опрошенные считают важным обсудить. Приводим фрагменты некоторых полученных ответов.

«Мне кажется, что вам следует задать вопрос — не только мне, а всем — об эмоциональном состоянии людей... Потому что мое собственное ощущение от общения с коллегами [таково], что люди подавлены во многом. Не из-за бизнеса. Бизнес идет. Антимонопольное право приносит неплохие деньги... Это не кризис такой... когда у тебя нет клиентов. Все есть, их даже, мне кажется, больше становится. Но нет ощущения удовлетворения от того, что они есть, потому что иногда ты просто не знаешь, как им помочь» (Л., партнер ЮФ).

«У нас проблема не с ФАС, у нас проблема системная в стране. Конкуренции экономической реально никогда не будет без конкуренции политической. Это корень,



на мой взгляд, всех проблем. Независимость судов, какая-то объективная оценка» (О., партнер ЮФ).

«Важный вопрос для меня лично, я задумываюсь над этим постоянно, — а куда это все движется... [ФАС] на сегодняшний момент — это во многом Артемьев... Если Игорь Юрьевич в какой-то момент уходит, а понятно, что в какой-то момент все уходит со своих постов... Будет ли следующее руководство... за конкуренцию, ее защиту... [?] Или в сегодняшних политических условиях они будут [за] исполнение явных, неявных требований правительства, и какие будут эти требования — большие сомнения, правда... Это меня волнует. Как бы нам при всех недостатках сегодняшней ФАС через пять лет не сидеть и не говорить, как же хорошо было при Артемьеве» (Г., партнер ЮФ).

«Вы могли бы задать вопрос об известных случаях проявления коррупции — это как фактор, который часто поднимается и в контексте критики работы ФАС. И тут, безусловно, нужно говорить о том, что это очень коррупционно емкая деятельность, от мала до велика» (И., партнер ЮФ).

«А что изменилось бы, если бы антимонопольного органа не было? У меня, честно, нет ответа. Есть же Арментано, кто писал „Антитраст [против конкуренции]“ [и] говорил, что, может, и не нужен антитраст» (Ж., партнер ЮФ).

Также опрошенные в этой части беседы касались необходимости поддержки со стороны ФАС частных исков, установления сроков окончания для иницируемых ФАС мониторингов со сбором данных от компаний, недостатков баз данных ФАС в сравнении с базами арбитражных судов, регулирования со стороны ФАС трансграничных рынков, а также недостатков экономической экспертизы.

Мы надеемся, что мы или другие авторы смогут в дальнейшем раскрыть эти темы.

7. Заключение

Среди опрошенных нам встретились как те, кто относится к ФАС весьма критично, так и те, кто службе симпатизирует, как минимум готовы защищать ее от

критиков. Недостатки в работе службы не ускользают ни от одних, ни от других, и обе группы видят их весьма сходно, однако именно симпатизирующие особенно охотно предлагают объяснения происходящего. Именно к этим объяснениям мы в заключении и обратимся, ведь именно они дают особенно много материала для обсуждения того, что может привести к улучшениям и насколько они возможны.

Объяснение первое. «Они лучше, чем все остальные. Какой орган вы можете назвать, в котором... все лучше организовано, чем в ФАС? Или хотя бы что-то лучше организовано? Да никакой» (О., партнер ЮФ). «Очень позитивно отношусь к антимонопольной службе, потому что имею опыт работы с другими госорганами. Как в анекдоте: чем больше узнаю таможенников, тем больше люблю гаишников» (А., партнер АБ).

При сравнении не с идеалом, а с другими ведомствами недостатки ФАС начинают уже выглядеть как достоинства, может быть, как лучшее из возможного в российских условиях («в такой уж стране не повезло ФАС появиться»). Тем более что даже если бы ФАС могла работать иначе и лучше, ей попросту не дадут это сделать — «это все равно часть системы. Когда ты встраиваешься в систему, ты должен... в эту систему интегрироваться, и быть ее частью, согласен ты или не согласен с этой системой» (Ж., партнер ЮФ). Хотя ФАС и берется возбуждать дела под влиянием политических факторов, «это, наверное, и правильно, потому что это не суд, а государственный орган, у которого есть определенные государственные функции» (А., партнер АБ).

Объяснение второе. Нередко недостатки работы сотрудников антимонопольного ведомства описываются не как недостатки работы «ФАС в собственном смысле слова», а как упущения отдельно существующих «территориальных органов», которые ФАС может пытаться исправить, но за которые, в сущности, не отвечает. «А спрос с центрального аппарата, сколько он может проконтролировать? Физически просто 80 с лишним территориальных органов, сотни дел такой категории, сякой» (О., партнер ЮФ).

Это объяснение поднимает вопрос, каких полномочий не хватает руководству ФАС для контроля за своими подчиненными в территориальных управлениях,

тогда как большинство (примерно две трети¹³) подчиненных работают именно в них и основная часть дел (около 90% дел по ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции¹⁴) рассматривается тоже именно в них. Некоторые собеседники полагают, что не хватает в первую очередь денег для оплаты профессиональной работы.

Объяснение третье. Некоторые возлагают основную ответственность за работу ФАС на суды. «Основная проблема антимонопольного правоприменения... не в ФАС, а в судах. Потому что ФАС делает то, что они делают. Они будут работать так, как им внешние условия будут позволять. Соответственно, любой госорган можно сравнить с организмом человека. Организм человека никогда не будет делать бессмысленных действий» (Л., партнер ЮФ), «у меня — дети, жены, дачи, клячи, тоже хочется погулять, в кино сходить. Нет, я буду сидеть [в ФАС], отписывать какое-то безупречное решение? Да суд и так согласится. Вот они их [антимонопольщиков] и портят» (О., партнер ЮФ).

Такое объяснение опирается на неявную модель сотрудника ФАС, и эта модель близка к привычной экономистам модели *homo economicus*, в рамках которой решения человека определяются прежде всего его стимулами, собственным интересом. В отношении сотрудников ФАС неявная модель считает стимулом для качественного правоприменения победу в суде и одновременно не считает таковым собственно денежную заработную плату, которая предположительно выплачивается сотрудникам за надлежащее исполнение их обязанностей. Руководители ФАС и вообще вышестоящие руководители, которые могли бы оценить работу сотрудника, в этой концепции как

существенный элемент отсутствуют или в их качестве неявно предполагаются судьи (либо же формальные руководители просто соглашаются с оценками судей). При этом ограничения на возможные решения, будь то требования морали, закона, верности профессиональным нормам, также рассматриваются как малосущественные. Считается, что только и именно суд может и должен остановить человека, который хочет погулять с женой, от вынесения малообоснованного решения, на основе которого другой человек лишится денег, а то и возможности гулять и видеть жену на протяжении нескольких лет.

Подводя черту под изложением трех объяснений, заметим, что все они не связывают надежд на улучшение с действиями самой службы и ее центрального аппарата. Центральный аппарат ФАС не может переместиться в другую страну, изменить работу судов и даже существенно изменить работу вроде бы собственных территориальных органов. Российский парадокс — одно из самых влиятельных ведомств в стране не может в полной мере руководить даже самим собой. ■

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Vadim V. Novikov

Senior Research Fellow of Institute of Applied Economic Research at the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (e-mail: vnovikov@antitrusteconomist.ru).

Yuliy V. Tay

Managing Partner at Bartolius Law Office, PhD in Law (e-mail: tay@bartolius.com).

¹³ См.: <https://fas.gov.ru/documents/685058> (дата обращения: 20.02.2020).

¹⁴ См.: <http://antitrusteconomist.ru/research/show/bas2019> (дата обращения: 20.02.2020).