

УДК 346.545

Мохов Роман Михайлович, студент 4 курса юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета

e-mail: mokhovroma@mail.ru

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

Аннотация: в статье затрагиваются вопросы правового режима антиконкурентных соглашений, тенденции в правоприменительной практике, приводится анализ судебных решений, связанных с защитой конкуренции.

Ключевые слова: антимонопольное право, антиконкурентные соглашения, картели, защита конкуренции.

В последние три года наметилась тенденция в правоприменительной практике: ФАС России стала меньше возбуждать дел о злоупотреблении доминирующим положением и значительно больше дел о картелях и иных антиконкурентных соглашениях.

Существенный рост антиконкурентных соглашений произошел в 2016 году. В 2017 году рост числа дел был незначительным. Количество картелей увеличилось на 8 %, сговоров на торгах - на 3 %.

Антимонопольными органами страны в 2017 году было возбуждено более 400 дел о нарушении статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 года №135-ФЗ (далее - Закон о защите конкуренции), из них около 85 %- это картели. Выявлено более 300 сговоров на торгах. Поражают масштабы картельных соглашений: зачастую они охватывают территорию всей страны и целые отрасли экономики.

Одними из самых проблемных сфер с точки зрения нарушений антикартельного законодательства остаются продукты питания, медицина и строительство, в том числе в сфере ремонта и строительства автомобильных

дорог¹.

Учитывая значительный рост числа картелей, в Национальном плане развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020 годы, утвержденном Указом Президента Российской Федерации от 21.12.2017 №618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», предусмотрены мероприятия, направленные на декартелизацию.

ФАС России также разработан проект Конвенции «О борьбе с картелями», которая в качестве международно-правового акта призвана определить принципы и основы взаимодействия государств - участников в борьбе с картелями на международном уровне.

В настоящее время единственным видом нарушения антимонопольного законодательства, за которое предусмотрена как административная, так и уголовная ответственность, является картель.

Картели стали одной из угроз экономической безопасности государства. Картели начали меняться качественно: «срок жизни» картеля увеличился в среднем до 2-3 лет, и если раньше количество аукционов, охватываемых деятельностью одного картеля, исчислялась единицами и в редких случаях десятками, то сейчас «нормой» стали десятки и сотни аукционов, поглощаемых одним картелем².

Цифровые технологии порождают для хозяйствующих субъектов новые возможности реализации антиконкурентных соглашений (использование ценовых алгоритмов с целью установления розничных цен на реализуемую ими продукцию или для контроля розничных цен на определенную продукцию).

К примеру, 21 июня 2018 года ФАС России принято решение по делу о нарушении ООО «LG Электроник РУС» уполномоченным импортером продукции LG на территории Российской Федерации части 5 статьи 11 Закона о

¹ Интернет-интервью с А.П.Тенишевым, начальником управления по борьбе с картелями Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации: «Картели: итоги работы ФАС России за 2017 год и планы на 2018 год»

² Цариковский А.Ю. Борьба с картелями как одно из направлений укрепления национальной безопасности России // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: Монография, 2016, глава 6; Интервью // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. №1.

защите конкуренции: незаконная координация экономической деятельности ресейлеров смартфонов, включая установление рекомендованных розничных цен на устройства, контроль за ценами с использованием ценового алгоритма и склонение ресейлеров к их соблюдению.

Все это свидетельствует о необходимости совершенствования механизма правового регулирования.

Антимонопольное (конкурентное) право не является самостоятельной отраслью права и содержит элементы различных отраслей публичного и частного права.

Ключевые понятия антимонопольного права содержатся в различных законодательных актах. Основным источником права помимо Конституции Российской Федерации является Гражданский кодекс Российской Федерации, положения статьи 10 которого устанавливают пределы осуществления гражданских прав - не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением.

Главным источником конкурентного права также является Закон о защите конкуренции.

Предметом правового регулирования Закона о защите конкуренции являются правоотношения, связанные с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Видом деятельности, представляющей угрозу для конкуренции, является монополистическая деятельность, то есть деятельность по злоупотреблению хозяйствующим субъектом или группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законом, а также иные действия, которые могут быть признаны монополистической деятельностью.

Закон о защите конкуренции формулирует ряд запретов, которые применяются к соглашениям и согласованным действиям хозяйствующих

субъектов на товарных рынках.

Одним из наиболее опасных последствий совершения антиконкурентных действий является раздел товарного рынка по территориальному принципу, по объему продажи или покупки товаров, по составу продавцов или покупателей, который возникает вследствие:

- заключения картельных соглашений (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);
- совершения согласованных действий (пункт 3 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции), в том числе в результате незаконной координации экономической деятельности (пункт 5 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);
- заключения соглашений между публичными субъектами или между ними и хозяйствующими субъектами, а также в результате совершения указанными субъектами совместных согласованных действий (пункт 3 части 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции).

В доктрине отражено, что соглашения по смыслу Закона о защите конкуренции не совпадают с понятием договора в гражданско-правовом значении.

Согласно статье 420 Гражданского кодекса Российской Федерации договором признается соглашение лиц об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей.

Законом о защите конкуренции соглашение определяется как договоренность в письменной форме, содержащая в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Признаками соглашений хозяйствующих субъектов для целей антимонопольного регулирования являются: стороны соглашений - хозяйствующие субъекты или иные лица, указанные в Законе о защите конкуренции (например, органы местного самоуправления); форма соглашений может быть как письменной (в том числе и в виде нескольких документов), так и устной; предмет соглашения достаточно разнообразен - в случае

правомерности соглашения это установление, изменение или прекращение прав и обязанностей; в случае неправомерности- договоренность о совместном выполнении действий, запрещенных Законом о защите конкуренции, либо действий, последствия которых запрещены Законом³.

Отличием соглашений хозяйствующих субъектов от договора в смысле, придаваемом ему Гражданским кодексом Российской Федерации, является то, что за неисполнение условий антиконкурентного соглашения другая сторона не вправе предъявлять претензии и требования, предусмотренные гражданским законодательством за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств.

Соглашения хозяйствующих субъектов могут быть разделены на правомерные и неправомерные. Неправомерные соглашения, в свою очередь, подразделяются на противоречащие гражданскому законодательству и запрещенные антимонопольным законодательством (антиконкурентные).

Антимонопольное регулирование антиконкурентных соглашений применяется с учетом различных особенностей в зависимости от вида соглашения: безусловные запреты картелей, общая или специальная допустимость вертикальных соглашений и специальная допустимость иных соглашений хозяйствующих субъектов.

Ко всем соглашениям, за исключением картелей, применяются правила взвешенного подхода (rule of reason).

В доктрине выделяются следующие элементы состава соглашения хозяйствующих субъектов как сделки: -волеизъявление двух и более хозяйствующих субъектов; -цель соглашения; -форма соглашения; -содержание соглашения.

Соглашения хозяйствующих субъектов могут быть достигнуты только лишь при наличии взаимных волей как минимум двух хозяйствующих субъектов.

Целью соглашения называются те правовые последствия, которые

³ Борзило Е.Ю. Понятие и критерии идентификации соглашений в антимонопольном законодательстве//Перспективы науки.2013.№9 (48).С.152-155).

планируют достичь хозяйствующие субъекты. Неправомерные соглашения направлены на ограничение конкуренции или монополизацию рынка товаров и услуг.

Форма соглашения может быть как письменной, так и устной вне зависимости от требований Гражданского кодекса Российской Федерации.

Содержание соглашения включает в себя все договоренности хозяйствующих субъектов, содержанием являются способы достижения цели соглашения.

Договор в гражданско-правовом понимании и соглашение по смыслу антимонопольного законодательства не совпадают по своему содержанию, соглашение хозяйствующих субъектов рассматривается шире договора. Соглашение - любая договоренность, которая влечет правовые и экономические последствия.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 21.12.2010 №9966/10 указал, что факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством. При этом оценка наличия соглашения по нормам антимонопольного законодательства не может производиться с позиций порядка и правил заключения договоров, предусмотренных гражданским законодательством.

Закон о защите конкуренции в качестве ключевого условия антиконкурентного соглашения указывает на достижение его сторонами договоренности, которая характеризуется следующими признаками: контакт участников соглашений; принятие на себя каждой из сторон соглашения обязанности совершить определенные действия или воздержаться от определенных действий; наличие в соглашении плана поведения его участников, что позволяет одному участнику соглашения с высокой точностью прогнозировать поведение других.

На сегодняшний день критерии систематизации антиконкурентных соглашений отсутствуют.

В доктрине называют лишь виды таких соглашений в зависимости от отношений сторон: горизонтальные (между конкурентами), вертикальные (между неконкурирующими хозяйствующими субъектами) и иные.

Горизонтальные соглашения- соглашения между прямыми конкурентами; соглашения между хозяйствующими субъектами конкурентами, являющимися продавцами или покупателями на одном товарном рынке.

Вертикальные соглашения - соглашения между неконкурирующими между собой хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар или является потенциальным приобретателем, а второй продает или является потенциальным продавцом.

Конгломератные соглашения - соглашения между хозяйствующими субъектами, не конкурирующими между собой вообще, и осуществляющими деятельность на разных товарных рынках.

Антиконкурентные соглашения хозяйствующих субъектов могут быть разделены на те, которые подлежат запрету при наступлении экономически вредных последствий, и на те, которые признаются незаконными в отсутствие реального наступления вредных последствий, но при их возможном наступлении.

Законом о защите конкуренции применяется различный подход к регулированию картельных и иных горизонтальных соглашений.

Картели запрещены безусловно и не подлежат признанию допустимыми. Тогда как другие могут быть признаны допустимыми, если хозяйствующие субъекты-конкуренты докажут об отсутствии вреда от таких соглашений.

Вступление в картельный сговор (объединение хозяйствующих субъектов) запрещено само по себе. В связи с чем для привлечения виновных лиц к ответственности достаточно самого факта заключения картеля по смыслу части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Закон о защите конкуренции устанавливает запрет на картели, если они проводят или могут привести к следующим последствиям:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок

(доплат) и (или) наценок;

2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

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

4) сокращению или прекращению производства товаров;

5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

«Вертикальным» соглашением Закон о защите конкуренции называет соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой (продает) товар.

По общему правилу вертикальные соглашения запрещены, если такие соглашения:

- приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, когда продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

- такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца, данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

«Вертикальные» соглашения хозяйствующих субъектов признаются допустимыми в силу статьи 12 Закона о защите конкуренции, а именно: допускаются вертикальные соглашения в письменной форме (за исключением вертикальных соглашений между финансовыми организациями), если эти соглашения являются договорами коммерческой концессии; допускаются вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает двадцать процентов⁴.

⁴ Пружанский В. Экономический анализ вертикальных соглашений // Конкуренция и право. 2013. №3. С. 55-61

По своему содержанию картельные соглашения могут быть разнообразными (картель, устанавливающий единые для всех участников картеля цены на товарном рынке, картель, согласующий условия продажи; синдикат- реализация продукции всех участников осуществляется через центр по продажам, принадлежащим самому синдикату; региональный картель, который устанавливает раздел рынка сбыта продукции между его участниками; экспортный и импортный картели; картели специализации, в рамках которых участники обязуются производить один определенный продукт или тип продуктов⁵.

В юридической доктрине ряд авторов выделяют картели по содержанию предмета сговора: -ценовой сговор; -территориальный сговор; -сговор при проведении торгов.

Антиконкурентные соглашения являются видом монополистической деятельности наряду с согласованными действиями и координацией экономической деятельности.

Названные виды монополистической деятельности должны быть систематизированы. Такая систематизация позволит их отграничивать друг от друга и совершенствовать механизм регулирования каждого вида действий хозяйствующих субъектов.

Соглашение хозяйствующих субъектов представляет собой любую договоренность как в письменной, так и в устной форме. Антиконкурентным оно становится при условии включения в него условий, безусловно или условно-запрещенных антимонопольным законодательством. Эти условия предусмотрены в статье 11 Закона о защите конкуренции, а также в статье 16 для соглашений федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления.

⁵ Борзило Е.Ю.. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое пособие. М.: Статут, 2014. С. 119

Согласованные действия имеют место тогда, когда между хозяйствующими субъектами нет соглашения, и при этом в совокупности удовлетворяются следующие условия: результат таких действий соответствует интересам каждого хозяйствующего субъекта; действия заранее известны каждому хозяйствующему субъекту в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий; действия каждого хозяйствующего субъекта вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов.

Согласованные действия обладают особенностью, которая закреплена в пункте 2 части статьи 8 Закона о защите конкуренции - публичное заявление одного из хозяйствующих субъектов о планируемых действиях.

Несмотря на то, что часть 2 статьи 8 Закона о защите конкуренции предусматривает, что совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению не относится к согласованным действиям, отграничение соглашений от согласованных действий имеет определенные сложности в правоприменении.

Связано это с тем, что критерии определения согласованных действий, предусмотренные частью 1 статьи 8 Закона о защите конкуренции, подходят как для действий хозяйствующих субъектов, которые имеют в своей основе соглашение, так и для независимых действий хозяйствующих субъектов, результатом которых являются последствия, предусмотренные частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Поэтому как правило антимонопольные органы квалифицируют действия хозяйствующих субъектов в рамках достигнутой между ними договоренности, в качестве согласованных действий, а не в качестве антиконкурентного соглашения, в случае отсутствия прямых доказательств заключения последнего⁶.

Правоприменитель также разграничивает понятия «антиконкурентное соглашение» и «координация экономической деятельности».

⁶ Антиконтурентные соглашения и недобросовестная конкуренция. Учебное пособие под редакцией С.А.Пузыревского. Проспект.2016

Так, в одном из дел судом установлено, что управляющая организация, признанная антимонопольным органом координатором, действует на рынке услуг по управлению многоквартирными домами, а координируемые хозяйствующие субъекты - операторы связи действуют на рынке соответствующих услуг связи, на которых и проявляются признаки ограничения конкуренции (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.08.2017 дело №А60-57156/2016)⁷.

В решении от 12.01.2016 по делу №А65-20903/2015 Арбитражный суд Республики Татарстан указал, что соглашение в антимонопольном праве - это согласованное выражение воли двух или более участников. Основное отличие соглашения от согласованных действий (которые также преследуются антимонопольным законом) в том, что в последних отсутствует признак согласованности воли. Так, если будет доказано, что лицо, совершая действие, рассчитывает на то, что другое лицо совершит аналогичное действие, а другое лицо совершает «встречное действие» в силу действия первого лица, то налицо соглашение, а не согласованные действия.

По мнению антимонопольного органа антиконкурентное соглашение представляет собой форму монополистического объединения хозяйствующих субъектов, результатом которого является их противоестественное взаимовыгодное сотрудничество вместо ожидаемого потребителями соперничества между ними (решение Арбитражного суда Республики Хакасия от 13.10.2016 по делу №А74-9097/2016).

В решении Арбитражного суда Удмуртской Республики от 22.07.2016 по делу №А71-3150/2016 отмечается, что картели являются общественно опасными и запрещенными сами по себе, независимо от наступивших последствий.

Поскольку картелем является соглашение, запрещенное законом и

⁷ Шайхеев Т.И. Практика применения судами антимонопольного законодательства//Арбитражные споры, 2018, №2

влекущее административную либо уголовную ответственность, случаи заключения формальных (документальных) антиконкурентных соглашений чрезвычайно редки. Соглашения заключаются (достигаются) посредством устных договоренностей, электронной переписки либо конклюдентных действий участников (решение Арбитражного суда города Москвы от 27.05.2016 по делу №А40-170978/2015).

Как указано в постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2016 по делу №А79-9238/20155, для определения наличия между хозяйствующими субъектами картельного соглашения антимонопольный орган обязан доказать, что применяемая участниками тактика поведения является нетипичной для добросовестной конкуренции и имела место их совместная реализация единой стратегии поведения.

Как указано в решении Арбитражного суда Иркутской области от 24.09.2015 по делу №А19-11640/2015 единственным прямым доказательством вины по делам о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденным по статье 11 Закона о защите конкуренции, может быть только полное признание вины хозяйствующим субъектом по такому делу, в связи с чем антимонопольный орган должен доказать наличие такой вины, анализируя поведение участников антиконкурентного соглашения в совокупности с существующими основными доказательствами.

Как следует из постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан от 19.04.2016 №РХ-06/5466, для признания соглашения хозяйствующих субъектов картелем необходимо: намеренное поведение каждого хозяйствующего субъекта определенным образом для достижения заранее оговоренной цели, то есть заключение и исполнение хозяйствующими субъектами соглашения; причинно-следственная связь между действиями участников соглашения и ограничением доступа других хозяйствующих субъектов к участию в аукционе, а также поддержанием цены на торгах; соответствие результата действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и их заведомая осведомленность о будущих

действиях друг друга при отсутствии внешних объективных обстоятельств, обуславливающих подобное поведение.

Установление аналогичных фактов для признания соглашения хозяйствующих субъектов картелем отмечает и судебная практика (постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 по делу №А42-2564/2014, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.12.2015 по делу №А56-11481/2015, решение Арбитражного суда Калининградской области от 23.01.2017 по делу №А21-7840/2016).

В части 1 статьи 11 Закона о конкуренции говорится, что «признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к: установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); сокращению или прекращению производства товаров; отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

На основании данной нормы можно выделить следующие признаки участников картеля:

-хозяйствующие субъекты-конкуренты;

-действующие на одном товарном рынке или приобретающие товары на одном товарном рынке.

Установление наличия данных признаков, как правило, не вызывает больших трудностей у судов, поскольку предполагаемый круг участников картеля определяется в основном хозяйствующими субъектами, участвующими в проведении торгов.

Наибольшую сложность при определении наличия в действиях хозяйствующих субъектов сговора вызывает именно наличие соответствующего соглашения на осуществление единого направленных действий, целью которых является антиконкурентное соглашение.

В чем сложность установления данных признаков? В силу требований части 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействий), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

В силу требований вышеуказанной нормы права бремя доказывания, исходя из основополагающего принципа презумпции невиновности, возложено на заинтересованное лицо, то есть, на антимонопольный орган.

При этом следует отметить, что одним из наиболее часто встречающихся оснований для удовлетворения заявленных требований и признания оспариваемого ненормативного правового акта Федеральной антимонопольной службы незаконным является именно недоказанность наличия картеля в действиях участников торгов. Суды приходят к выводу, что представленные доказательства не в полной мере свидетельствуют о наличии картельного соглашения между участниками торгов.

В этой ситуации видны два аспекта проблемы. Первый- это недостаточно тщательно проведенная работа ФАС России в части сбора доказательств, свидетельствующих о наличии антимонопольного соглашения. Суд не наделен полномочиями по сбору дополнительных доказательств и должен в рамках главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дать юридическую оценку оспариваемому ненормативному правовому акту на основе имеющейся в материалах дела доказательственной базы, собранной

антимонопольным органом.

Второй аспект заключается исключительно в оценке судом всех имеющихся в деле доказательств на предмет картельного соглашения.

Следует признать, что рассчитывать на добровольное признание участниками торгов участия в сговоре, как правило, не приходится. Соответственно, все планы поведения участников картельного соглашения вряд ли найдут свое отражение на бумажном носителе. Иными словами, не стоит по такой категории дел рассчитывать на наличие прямых доказательств антиконкурентного соглашения.

При таких обстоятельствах на первый план выходит анализ косвенных доказательств, который включает в себя и оценку поведения участников торгов в совокупности, предполагая, что каждый участник аукционных мероприятий хочет победить в торгах и имеет реальные возможности на исполнение предполагаемого контракта.

Об этом говорит и Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, указывая в пункте 2 Постановления от 30 июня 2008 года №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», что арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными (о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов), может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в том числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Подтверждать отсутствие со стороны конкурентного хозяйствующего субъекта нарушения в виде согласованных действий могут в том числе доказательства наличия объективных причин собственного поведения

этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц.

Таким образом, вызывают сомнения такие участники закупок, которые не имеют ни необходимой материальной базы, ни соответствующего опыта либо принимают формальное участие в торгах.

Данный подход нашел свое отражение и в позиции Верховного Суда Российской Федерации. Так, в пункте 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 года) указывается, что факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством. Законодательством не определено и не может быть определено, какие доказательства его подтверждают, а также не установлены и не могут быть установлены требования к форме подтверждающих документов.

Переписка по электронной почте между ассоциацией и иными лицами подлежала оценке наряду с другими, в том числе косвенными, доказательствами в их взаимосвязи и совокупности. О достоверности предоставленных антимонопольным органом документов и материалов (в том числе сведений, находящихся в такой переписке) может свидетельствовать совпадение их содержания с другими подтвержденными по делу доказательствами (например, единообразное и синхронное ценовое поведение участников ассоциации, прекращение выдачи марок ассоциации в отношении продукции ряда обществ, отсутствие на территории в розничной продаже товара без марок ассоциации).

Доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства могут служить и полученные в установленном законом порядке доказательства по уголовным делам, переданные в антимонопольный орган (с учетом положений статьи 161 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации). При этом необходимо иметь в виду, что материалы

(копии материалов) уголовных дел могут использоваться в качестве доказательств по делам о картелях вне зависимости от наличия или отсутствия приговора по уголовному делу, поскольку в рамках производства по антимонопольному делу устанавливается факт наличия или отсутствия нарушения антимонопольного законодательства, а не факт совершения преступления или виновность/невиновность лица в совершении преступления.

Таким образом, при рассмотрении споров о нарушении требований статьи 11 Закона о защите конкуренции вывод об отсутствии доказанности наличия картельного сговора не стоит делать исходя лишь из отсутствия прямых доказательств такого антиконкурентного соглашения. При рассмотрении споров данной категории следует оценивать действия участников торгов исходя из системной оценки всех имеющихся в деле доказательств, учитывая при этом как характеристики самого участника торгов (его имущественное положение, реальную возможность исполнить требования, относящиеся к предмету торгов и т.д.), так и его поведение при осуществлении соответствующей закупки.

Одна из форм реализации антиконкурентных соглашений - раздел аукционов между участниками соглашений, создание формальной видимости конкурентной борьбы.

Антиконкурентные соглашения между заказчиками (организаторами) торгов и их участниками широко распространены во многих отраслях, в том числе имеющих стратегическое значение: социальное обеспечение (поставка медикаментов и медоборудования), распределение и добыча водных биологических ресурсов, капитальное строительство и поставка техники.

Запрет на заключение соглашений между заказчиками (организаторами) торгов и участниками торгов закреплен в пункте 1 части 1 статьи 17 Закона о защите конкуренции и сформулирован следующим образом: «Запрещается заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не

предусмотрено законодательством Российской Федерации».

На практике возможны различные варианты заключения и участия в таких антиконкурентных соглашениях: заключение соглашения между заказчиком (организатором торгов) и одним из участников таких торгов; заключение соглашения между заказчиком (организатором торгов) и картелем; заключение соглашения между заказчиком (организатором торгов) и несколькими участниками, не вступившими в единый картель.

В науке выделяются следующие признаки антиконкурентных соглашений, в том числе сговоров между заказчиками (организаторами торгов) и участниками торгов:

начало выполнения работ до заключения контракта;

создание видимости правомерного выбора неконкурентного способа закупки;

корректировка заказчиком заявки нужного участника закупки;

недопуск отдельных участников закупок к месту проведения торгов;

разработка документации с условиями, которым отвечает только один возможный участник;

неправомерное изменение условий контрактов после их заключения⁸.

В практике антиконкурентные соглашения представлены в виде следующего:

– разработка заказчиком (организатором торгов) документации торгов под конкретного участника, а также разработка документации самим участником (решение ФАС России от 27.11.2015 по делу №1-00-129/00-22-15);

– неправомерный допуск к участию в торгах участников антиконкурентного соглашения либо неправомерное завышение рейтинга (баллов) при проведении процедуры оценки заявок участников конкурса (решение ФАС России от 13.11.2015 по делу №1-16-95/00-22-15);

– предоставление заказчиком (организатором торгов) информации о других участниках торгов (Решение Новгородского УФАС России по делам №66

⁸ Кинев А.Ю. Антимонопольный «заслон» сговорам на торгах//Юрист.2011.№16.С.20-26

и №67 от 17.12.2013);

– начало исполнения контракта до проведения торгов (решение Хакасского УФАС России по делу №15-А-16 от 16.02.2017).

ФАС России неоднократно разъяснял, в каких случаях соглашения участников торгов нарушают требования антимонопольного законодательства⁹.

Обзор судебной практики по антимонопольным делам Верховного суда Российской Федерации был опубликован в марте 2016 года с соответствующими разъяснениями о том, какие доказательства можно использовать при доказывании картелей и как необходимо подходить к их оценке.

Факт наличия антиконкурентного соглашения может быть доказан в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов».

Такой подход судов складывался достаточно долго и свелся к устойчивому пониманию того, что картели - это соглашения тайные и влекут за собой административную и уголовную ответственность. Поэтому зачастую антимонопольным органам не удается найти прямых доказательств картеля. Суды делают вывод, что антиконкурентное соглашение может быть доказано достаточной совокупностью косвенных доказательств (Постановления Арбитражного суда Московского округа от 26.08.2014 по делу №А40-14219/2013, от 03.08.2015 по делу №А40-125017/2014. Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 по делу №А42-2564/2014, Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 30.08.2016 по делу №19-14411/2015.

Законодателем презюмируется, что наступление или угроза наступления последствий, указанных в пунктах 1-5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, ограничивает конкуренцию, а значит необходимо доказать только то, что эти последствия наступили или могли наступить. Ограничение

⁹ Разъяснения ФАС России от 30.05.2018 №14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах.

конкуренции как элемент состава правонарушения появляется только в 4 части статьи 11 Закона.

Однако в последнее время появилась и судебная практика, согласно которой надо доказывать ограничение конкуренции, вредное влияние на товарный рынок и наступление неких последствий на рынке по делам о картелях (Определение Верховного Суда РФ от 17.02.2016 №305-АД15-10488, Определение Верховного Суда РФ от 30.06.2016 №195-ПЭК16 по делу №А40-143256/2013, Определение Верховного Суда РФ от 16.02.2016 №305-АД14-5512, от 27.01.2015 №310-КГ14-9029, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 14.11.2014 по делу №А62-181/2014).

Это означает, что при всей активности борьбы антимонопольных органов с картельными соглашениями все же отсутствует единообразный стандарт доказывания картельных соглашений: не определен предмет доказывания и до конца не разрешен вопрос о допустимости тех или иных доказательств.

Важную роль играют экономические доказательства существования и деятельности картеля, поскольку они являются отражением отрицательных последствий картелизации рынка.

Необходимо, чтобы соответствующие разъяснения нашли свое место в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции.

В настоящее время отсутствует четкий законодательный механизм, определяющий порядок взаимодействия ФАС России с правоохранительными органами, позволяющий использовать материалы, находящиеся в распоряжении правоохранительных органов для раскрытия и доказывания картелей.

В связи с этим полагаем, что необходим институт антимонопольного процесса и в нем раздела о расследовании антиконкурентных соглашений.

Список источников:

1. Интернет-интервью с А.П.Тенишевым, начальником управления по борьбе с картелями Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации.

Федерации: «Картели: итоги работы ФАС России за 2017 год и планы на 2018 год».

2. Цариковский А.Ю. Борьба с картелями как одно из направлений укрепления национальной безопасности России//Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: Монография, 2016, глава 6; Интервью//Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. №1.

3. Борзило Е.Ю. Понятие и критерии идентификации соглашений в антимонопольном законодательстве//Перспективы науки. 2013. №9 (48). С.152-155).

4. Пружанский В. Экономический анализ вертикальных соглашений//Конкуренция и право. 2013. №3. С.55-61

5. Борзило Е.Ю.. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое пособие. М.: Статут, 2014. С.119

6. Антиконтурентные соглашения и недобросовестная конкуренция. Учебное пособие под редакцией С.А. Пузыревского. Проспект. 2016

7. Шайхеев Т.И. Практика применения судами антимонопольного законодательства//Арбитражные споры, 2018, №2

8. Кинев А.Ю. Антимонопольный «заслон» сговорам на торгах//Юрист. 2011. №16. С.20-26

9. Разъяснения ФАС России от 30.05.2018 №14 «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах.