

Научная статья

УДК 347.71

DOI 10.47475/2618-8236-2022-17304

Картельные соглашения и участие группы лиц в торгах

Олег Александрович Камалов

Челябинский государственный университет, Челябинск, Россия. olegkamalov@yandex.ru

В статье обсуждается вопрос о сложившейся практике антимонопольных органов, считающих, что участие в торгах членов одной группы лиц (в отсутствие признаков их прямого контроля) может квалифицироваться как картельное соглашение. Автор обращает внимание на то, что несмотря на правильные позиции, декларируемые в разъяснениях высших судебных инстанций, судебная практика продолжает рассматривать участие группы лиц в торгах как противоправное картельное соглашение. Автор показывает, что такой подход приводит к подмене действительного смысла понятий и не способствует достижению целей антимонопольного регулирования, поскольку влечет привлечение к ответственности лиц, не являющихся в действительности конкурентами, за такие их действия, которые принципиально не могли устранить или ограничить конкуренцию на торгах. Автор также указывает, что некоторые положения нормативного акта ФАС РФ по данному вопросу не соответствуют федеральному закону о защите конкуренции. В завершение статьи сформулированы предложения по решению отмеченной проблемы.

Ключевые слова: антимонопольное право, конкуренция, картель, торги, группа лиц, единство экономических интересов.

Original article

Cartel Agreement and Participation in Tenders by Group of Persons

Oleg A. Kamalov

Chelyabinsk State University, Chelyabinsk, Russia. olegkamalov@yandex.ru

The article discusses the issue of the established practice of the antimonopoly authorities, who believe that if the members of one group of persons participated in a tender (in the absence of signs of their direct control) so this case should be qualified as a cartel agreement. The author draws attention to the fact that despite the correct positions declared by of the highest judicial instances, antitrust case law continues to consider the participation of a group of persons in a tender as an illegal cartel agreement. The author shows that such an approach leads to the substitution of the actual meaning of the concepts and does not contribute to the achievement of the goals of antimonopoly regulation, since it entails the prosecution of persons who are not actually competitors, who have united economic interests, for such actions which could not eliminate or restraint of tender competition. The author also points out that some provisions of the regulatory act of the FAS Russia on this issue do not comply with the federal antitrust law on. Some proposals for solving the noted problem have been formulated at the conclusion.

Keywords: antitrust law, competition, cartel, tenders, group of persons, unity of economic interests.

В соответствии с частью 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции»¹ 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. Традиционно картельные соглашения рассматриваются как одно из наиболее существенных антиконкурентных нарушений, которые создают «наиболее опасные потенциальные угрозы для состояния

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», далее также Закон о защите конкуренции или Закон № 135-ФЗ.

конкуренции» [1, с. 122]. При этом в литературе отмечается, что картель при участии в торгах «предполагает вовлечение в сговор самостоятельных участников хозяйственного оборота, делящих рынок по модели отказа от действительного участия в торгах в обмен, например, на незаконное вознаграждение, субподрядные соглашения или на «поочередное» выигрывание торгов [3, с. 21–24]. При отсутствии картеля такие участники добросовестно участвовали бы в торгах с реальной динамикой цен на последних» [2, с. 76–90]. Собственно говоря, опасность картеля объясняется как раз тем, что он выражает сознательный отказ от той самой конкурентной борьбы, сохранение и поддержка которой провозглашается в качестве основной цели антимонопольного законодательства [4; 5].

В силу этого обязательным условием для квалификации соглашения в качестве картеля выступает установление статуса его участников как конкурентов на товарном рынке по отношению друг к другу. Этот вполне очевидный вывод, тем не менее, специально подчеркивается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2, согласно пункту 22 которого «при установлении наличия картельного соглашения подлежит доказыванию факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке»¹.

Тем не менее зададимся вопросом — возможно ли квалифицировать соглашение в качестве картеля, если его участники образуют группу лиц по смыслу антимонопольного законодательства?

Как известно, частью 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции предусмотрено прямое исключение, которое не допускает применение правил о картелях (как, впрочем, и о других видах антиконкурентных соглашений) к соглашениям между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, но с важным уточнением: при условии, что такие субъекты находятся в отношениях полной подконтрольности одного другому. Данное условие полного контроля раскрыто в части 8 этой же статьи и практически совпадает с первыми двумя признаками группы лиц, изложенных в статье 9 Закона о защите конкуренции. Речь идет о преобладающем участии в уставном капитале либо о выполнении функций исполнительного органа юридического лица.

Однако это лишь часть оснований, по которым хозяйствующие субъекты могут входить в

группу лиц. Как же быть с остальными признаками вхождения лиц в группу, если они не охватываются понятием подконтрольности? Ведь группа лиц не перестает быть группой, будучи образованной по остальным ее признакам.

Попутно можно заметить, что законодатель данной исключительной нормой фактически выстраивает внутреннюю иерархию в рамках единого понятия группы лиц: в ее составе можно выделить «настоящее», «полноценное» ядро, образуемое подконтрольными лицами, и периферийных участников «второго сорта», не имеющих таких тесных связей. Тем не менее, участники второй категории — это тоже группа лиц.

По смыслу положений Закона о защите конкуренции группа лиц рассматривается как один хозяйствующий субъект, действующий в едином экономическом интересе. В соответствии с разъяснениями, содержащимися в пункте 7 Постановления Пленума № 2, для целей применения антимонопольных запретов группа лиц рассматривается как один участник рынка.

В силу пункта 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции под конкуренцией понимается «соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке». Из этого следует, что в качестве конкурентов могут рассматриваться только субъекты, действующие самостоятельно и независимо друг от друга. Однако если лица образуют группу, то вряд ли можно утверждать, что они действуют самостоятельно и независимо, поскольку по определению группа лиц основана на возможности оказывать влияние на решения, принимаемые другими членами группы.

В связи с этим можно предположить, что вхождение лиц в одну группу, даже при отсутствии признаков полного контроля, должно если не безоговорочно исключать квалификацию их соглашений в качестве картеля, то хотя бы создавать презумпцию отсутствия картельного соглашения между такими лицами.

В литературе справедливо обращено внимание на распространенный в правоприменительной практике антимонопольных органов и судов подход, заключающийся в признании картелем так называемого номинального участия в торгах, которое может быть обусловлено «договоренностью между участниками ..., по которой некоторые из них вовлекаются в торги, в которые без такой договоренности они бы не вступали (иногда в юридическом обиходе используется словосочетание «рядом постоять») [2, с. 76–90]. При этом «весомое число ситуаций связано с так

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», далее также Постановление Пленума № 2.

называемыми «семейными картелями», когда семейные отношения не признаются достаточным основанием для задействия ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции» [2, с. 76–90], а «еще одна группа ситуаций связана с существованием фактического контроля над другим хозяйствующим субъектом при отсутствии семейных отношений, ввиду сложившегося положения вещей, однако не дотягивающего до стандартов ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Здесь воля другого субъекта определяется контролирующим его субъектом (субъектами) или через назначение единоличного исполнительного органа, или через определение хозяйственной политики и т.п.» [2, с. 76–90]. Г. А. Есаков при этом с сожалением отмечает, что «антимонопольные органы и арбитражные суды используют при обосновании наличия картельного соглашения в этих ситуациях строго легалистские аргументы буквального толкования ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции. <...> Однако очевидно, что буквальное толкование закона не должно вести к абсурдным следствиям: от лиц, действующих, по сути, в едином экономическом интересе, мы требуем действовать в ущерб себе, семейному бюджету». Можно целиком поддержать вывод данного автора о необходимости разрешения обеих приведенных ситуаций «по тому же критерию единого экономического интереса. То есть если конечные бенефициары формально разных юридических лиц совпадают (будь то один человек или несколько), то номинальное участие в торгах (и даже модель поочередного выигрывания торгов) не должно бы образовывать картель, являясь просто выбранной моделью ведения хозяйственной деятельности» [2, с. 76–90].

Возможно, именно абсурдность такой практики послужила мотивом разъяснений, изложенных в Постановлении Пленума № 2 по вопросу установления субъектного состава предполагаемого картельного соглашения, которые представляются попыткой неформального телеологического толкования анализируемых норм. В абзаце 3 пункта 28 Постановления Пленума № 2 внимание судов обращено на то, что «при доказывании ограничивающего конкуренцию соглашения, предусмотренного частью 1 статьи 11 Закона, в отношении хозяйствующих субъектов, не отвечающих требованиям частей 7, 8 статьи 11 Закона, но формирующих группу лиц по иным основаниям, установленным статьей 9 Закона, тем не менее должно быть установлено, что указанные лица являются конкурентами».

Иначе говоря, приведенное в абзаце 3 пункта 28 Постановления Пленума № 2 толкование ограничивает три ситуации:

1. Если спорное соглашение заключено между участниками группы лиц при наличии условий,

указанных в частях 7, 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, то в этом случае положения статьи 11 не подлежат применению в силу прямо предусмотренного законом исключения.

2. Диаметралью противоположная ситуация — если соглашение заключено между лицами, не образующими группу ни по какому из оснований, то есть не связанными лицами, обычными конкурентами, то в таком случае эти лица рассматриваются по умолчанию как конкуренты, в связи с чем при прочих равных условиях их соглашение следует считать картелем.

Собственно, эти две ситуации не вызывают особых разночтений.

3. Наконец, третья, «промежуточная» ситуация, при которой участники торгов входят в группу лиц, но по другим основаниям, нежели в частях 7 и 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ. Для такого случая Пленум Верховного Суда РФ требует не просто исходить из неприменения специального исключения, а предписывает выяснять по существу, являются ли в действительности участники торгов конкурентами по смыслу антимонопольного законодательства. При выяснении данного обстоятельства возможны два варианта;

- а) если в соглашении участвуют лица, реально имеющие общий экономический интерес, ведущие единый бизнес, то, разумеется, никакого картеля между ними быть не может;
- б) если лица объединены в группу по какому-либо случайным, формально-внешним признакам, но в действительности они ведут себя несвязанно и реальных общих интересов не имеют, то в таком варианте квалификация соглашения в качестве картеля вполне возможна.

Кстати, в Постановлении Пленума № 2 вполне сознательно допускается подобная ситуация, когда входящее в группу лицо на самом деле действует независимо: «К лицу, формально вошедшему в группу лиц, может не применяться правовой режим этой группы, если при рассмотрении дела будет установлено, что в действительности данное лицо автономно в определении своего поведения на товарном рынке, например, в связи с отсутствием у других участников группы достаточных правовых (договорных, корпоративных) и организационных (управленческих) средств влияния на его поведение. В частности, при оценке вхождения организаций в группу лиц по основаниям, предусмотренным пунктами 7, 8 части 1 статьи 9 Закона, суд вправе учесть, что отношения между гражданами, являющимися родственниками, отсутствуют и организации, участниками которых являются данные физические лица, ведут не связанные между

собой виды деятельности» (абзац 3 пункта 7 Постановления).

Представляется, что приведенное разъяснение ориентирует правоприменителей на неформальный подход при оценке признаков группы лиц, на установление действительно существующих (или отсутствующих) конкурентных отношений между ними. Предполагается, таким образом, что в отмеченной промежуточной ситуации, когда участники торгов не образуют специальную группу по частям 7, 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, но формируют группу лиц по иным основаниям, на антимонопольный орган возлагается бремя доказывания дополнительного обстоятельства, а именно — фактического наличия конкурентных отношений на товарном рынке между хозяйствующими субъектами.

Можно ли теперь, по прошествии более чем года после выхода Постановления Пленума № 2, говорить о существенном влиянии содержащихся в нем разъяснений на судебную практику по данному вопросу? К сожалению, картина неутешительна.

В практике встречаются примеры отказа в квалификации картелей, если их участники образуют группу лиц, но они сводятся к применению прямого исключения со ссылкой на части 7 и 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, то есть эти примеры не обязаны своим появлением Постановлению Пленума № 2. Так, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 30.03.2022 № Ф09-903/22 по делу № А60-12421/2021 мотивировано тем, что «спорные действия указанных лиц совершались группой лиц хозяйствующих субъектов, находящейся под контролем одного лица», хотя позиция антимонопольного органа заключалась в том, что фактическая подконтрольность участников торгов одному лицу не отнесена законодателем к основаниям, указанным в части 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ.

Примеры же «положительного» для участников соглашений применения абзаца 3 пункта 28 Постановления Пленума № 2 отсутствуют. Напротив, ссылки хозяйствующих субъектов на необходимость следовать этим разъяснениям отвергаются. Так, Арбитражный суд Уральского округа в постановлении от 03.06.2021 № Ф09-3011/21 по делу № А76-17733/2020 указал, что аргументы общества, приведенные в кассационной жалобе (в том числе ссылка на нарушение закона в том истолковании, которое выражено в содержании абзаца 3 пункта 28 постановления Пленума № 2) были предметом рассмотрения нижестоящих судов, и ошибочное толкование подателем жалобы положений законодательства не опровергает правильность выводов судов первой и апелляционной инстанций, хотя ключевой пра-

вовой вывод, изложенный в постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.01.2021 по данному делу состоял именно в том, что «юридические лица входят в одну группу лиц на основании пункта 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции, которая не попадает под исключение, предусмотренное частью 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции».

В постановлении от 11.07.2022 № Ф09-4151/22 по делу № А76-6541/2021 Арбитражный суд Уральского округа также подчеркнул, что неприменение положений о картельных соглашениях возможно при условии, что одним из хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, при этом контроль должен осуществляться в одной из форм, указанных в части 8 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, а довод кассатора со ссылкой на положения абзаца 3 пункта 28 Постановления Пленума № 2 был отвергнут.

Таким образом, следует с сожалением констатировать, что разъяснения Постановления Пленума № 2 по рассматриваемому вопросу пока не находят отклика у правоприменителей.

Впрочем, касательно данных разъяснений существует еще одна проблема, требующая решения, а именно: каким образом и по каким правилам будет устанавливаться наличие или отсутствие конкуренции между лицами, входящими в одну группу лиц по «периферийным» основаниям (то есть признакам, не относящимся к прямому контролю).

На первый взгляд, Постановление Пленума № 2 предлагает ответ на данный вопрос, причем неоднократно. Как указано в пункте 22 этого Постановления «наличие конкурентных отношений между участниками картеля подтверждается результатами проведенного анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Пункт 56 Постановления Пленума № 2 также предусматривает, что для доказывания факта нарушения законодательства о защите конкуренции, по общему правилу, требуется проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке (пункт 3 части 2 статьи 23 и часть 5.1 статьи 45 Закона о защите конкуренции).

Если антимонопольный орган подозревает наличие картеля, предметом которого является, например, раздел товарного рынка по территориальному принципу, или отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями, то не подвергается сомнению необходимость анализа рынка, который проводится в соответствии с Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220. В таком случае анализ рынка включает ряд этапов, в том числе исследование

классических критериев товарного рынка, таких как определение продуктовых границ товарного рынка, определение географических границ товарного рынка, установление факта наличия конкурентных отношений между участниками соглашения (пункт 10.3 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом № 220). Такой подход полностью соответствует определению понятия товарного рынка, которое дается в статье 4 Закона о защите конкуренции, и которое включает в себя критерии продуктовых и географических границ.

Вместе с тем, в случае квалификации картельного соглашения между участниками торгов (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона: повышение, снижение или поддержание цен на торгах) возникает существенная проблема. Дело в том, что пункт 10.10 этого же Порядка предусматривает, что по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона № 135-ФЗ, анализ рынка проводится в усеченном виде, а именно вместо исследования товарных, географических и иных границ рынка антимонопольному органу необходимо определить только предмет торгов и состав их участников. Иначе говоря, в результате специальных норм пункта 10.10 приказа № 220 появляются различные виды анализа состояния конкуренции: анализ состояния конкуренции на товарном рынке и анализ состояния конкуренции на торгах, что очевидно не одно и то же.

На практике это сводится к тому, что все участники торгов автоматически признаются конкурентами просто в силу факта участия в торгах, без выяснения каких-либо сопутствующих обстоятельств. Так, именно на эти положения сослался Арбитражный суд Уральского округа в постановлении от 11.07.2022 № Ф09-4151/22 по делу № А76-6541/2021, указав, что «антимонопольный орган устанавливает, являются ли субъекты конкурентами в таких торгах. При этом сама по себе подача заявки на участие в торгах означает согласие и самостоятельное намерение лица заключить с заказчиком контракт на поставку товара, выполнение работ, оказание услуг, что делает их конкурентами».

Такой подход представляется абсолютно не соответствующим действительному смыслу закона о защите конкуренции в истолковании, данном в Постановлении Пленума № 2. Можно было бы даже согласиться с тем, что упомянутый усеченный анализ достаточен в тех крайних ситуациях, когда участники торгов либо находятся под контролем друг друга, либо, наоборот, не обладают ни одним из признаков группы лиц. Однако в отмеченной «промежуточной» ситуации, при которой участники торгов имеют признаки

группы лиц, но не подконтрольны друг другу, представляется, что для доказывания фактической конкуренции между участниками торгов недостаточно провести такой усеченный анализ, не рассмотрев классические критерии анализа товарного рынка. Усеченный анализ приводит к тому, что анализ состояния рынка подменяется фиксацией перечня участников торгов. Участник торгов автоматически «записывается в конкуренты» просто потому, что «рядом постоял»¹, в результате чего игнорируется требование Постановления Пленума № 2 о необходимости установления действительных конкурентных отношений между участниками предполагаемого картеля.

Еще полбеды, что почему-то подзаконный акт меняет содержание закона и по сути отменяет такой квалифицирующий признак картеля, как конкуренция субъектов, фактически освобождая антимонопольный орган от анализа товарного рынка. По крайней мере, можно понять позицию антимонопольных органов, которые руководствуются обязательными для их исполнения положениями ведомственного нормативного акта. Впрочем, это не должно быть препятствием для судов, ведь согласно пункту 3 того же Постановления Пленума № 2, суд вправе оценить содержание подзаконного акта: «при применении нормативных правовых актов федерального антимонопольного органа судам следует учитывать, что подзаконные акты могут быть приняты им исключительно в случаях, прямо отнесенных к компетенции антимонопольного органа, и не могут изменять антимонопольное законодательство или иным образом противоречить ему, в том числе не должны нарушать его основы, указанные в части 1 статьи 2 Закона о защите конкуренции».

Более печально, что по существу такое толкование представляет собой именно тот формальный «легалистский» подход, на преодоление которого, как думается, были направлены изложенные в Постановлении № 2 разъяснения Пленума ВС РФ. Следование такому формальному подходу приводит к тому, что толкование, выявление смысла и применение положений Закона о защите конкуренции производятся без учета основ антимонопольного законодательства, обуславливающих цели, принципы и сферу применения антимонопольного законодательства.

Представляется, что возможны следующие способы исправления сложившегося ошибочного подхода при квалификации действий участников торгов в качестве картеля:

- 1) внести в пункт 10.10 Приказа № 220 изменения, которые бы предусматривали проведение полного анализа состояния рынка по общим критериям в том случае, если

¹ Пользуясь терминологией цитированной работы Г. А. Есакова [2, с. 76–90].

обнаружены признаки вхождения участников торгов в одну группу лиц;

- 2) при судебном рассмотрении дел, касающихся квалификации картеля на торгах, отходить от формального «легалистского»

толкования, устанавливая конкурентные отношения не в силу самого факта подачи заявки на участие в торгах, а по действительному экономическому поведению субъектов на рынке.

Статья поступила в редакцию 21.01.2022 г.

Одобрена после рецензирования 28.07.2022.

Принята к публикации 02.08.2022.

Список литературы

1. Егорова М. А. Правовые режимы антиконкурентных действий : монография. М. : Юстицинформ, 2021. 244 с.
2. Есаков Г. А. Картельное соглашение и номинальное участие в торгах // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 12. С. 76–90.
3. Рубцова Н. В. Картель как элемент системы нормативного регулирования предпринимательской деятельности // Конкурентное право. 2020. № 2. С. 21–24.
4. Тесленко А. В. Наиболее распространенные стратегии реализации картелей и иных антиконкурентных соглашений на торгах // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2019. № 2. С. 49–54.
5. Цариковский А. Ю. Борьба с картелями как одно из направлений укрепления национальной безопасности России // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: Монография / отв. ред. А. В. Габов. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Юриспруденция, 2016.

Информация об авторе

О. А. Камалов — адвокат, кандидат юридических наук, доцент кафедры Гражданского права и процесса Челябинского государственного университета, Челябинск, Россия. olegkamalov@yandex.ru.

Для цитирования: Камалов О. А. Картельные соглашения и участие группы лиц в торгах // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2022. Т. 7, вып. 3. С. 25–30. DOI 10.47475/2618-8236-2022-17304.

Bulletin of Chelyabinsk State University. Series: Law. 2022. Vol. 7, iss. 3. Pp. 25–30.

References

1. Egorova MA. Legal regimes of anticompetitive actions. Moscow: Justicinform; 2021. 244 p. (In Russ.).
2. Esakov GA. Cartel agreement and nominal participation in auctions. *Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation*. 2020;12:76-90. (In Russ.).
3. Rubtsova NV. Cartel as an element of the system of regulatory regulation of entrepreneurial activity. *Competition law*. 2020;2:21-24. (In Russ.).
4. Teslenko AV. The most common strategies for the implementation of cartels and other anticompetitive agreements at auctions. *Journal of Entrepreneurial and Corporate Law*. 2019;2:49-54. (In Russ.).
5. Tsarikovsky AYU. The fight against cartels as one of the directions of strengthening the national security of Russia. *Competition in the market economy: limits of freedom and restrictions*. Moscow: Institute of Legislation and Comparative Jurisprudence under the Government of the Russian Federation, Jurisprudence; 2016. (In Russ.).

Information about author

O. A. Kamalov — Attorney at law, Candidate of legal sciences, Associate professor of the Department of Civil Law and Procedure of Chelyabinsk State University, Chelyabinsk, Russia. olegkamalov@yandex.ru.

For citation: Kamalov OA. Cartel Agreement and Participation in Tenders by Group of Persons. *Bulletin of Chelyabinsk State University. Series: Law*. 2022(3):25-30. DOI 10.47475/2618-8236-2022-17304.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares that there is no conflict of interest.