

УДК 342.9.

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право  
и экономика, 2019

# Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

К. Н. Алешин,

ФАС России,

г. Москва

## Аннотация

В статье раскрывается содержание понятия мнимой конкуренции и ее негативное влияние на реальную конкуренцию.

Подвергается критике нормативистский подход к толкованию конституционного запрета на монополизацию и монополистическую деятельность.

Обоснована необходимость законодательного закрепления запрета (запретов) на мнимую конкуренцию как форму (формы) монополистической деятельности.

**Ключевые слова:** мнимая конкуренция, антимонопольный орган, товарный рынок, торги, антимонопольное законодательство, монополизация, монополистическая деятельность.

# Imaginary competition must be expressly prohibited by law

K. N. Aleshin,

FAS of Russia,

Moscow

## Annotation

The article reveals the content of the concept of imaginary competition and its negative impact on real competition.

The formal normative approach to the interpretation of the constitutional ban on monopolization and monopolistic activity is criticized.

The necessity of legislative consolidation of prohibition (prohibitions) on imaginary competition form (forms) of monopolistic activity is substantiated.

**Keywords:** perceived competition, the competition authority, the commodity market, auctions, anti-trust, monopolization, monopoly activities.

*In fraudem legis facit,  
qui salvis verbis legis,  
sententiam juscircum venit<sup>1</sup>*

**З**начительное внимание проблемам борьбы с мнимой конкуренцией сегодня уделяется не только в научной литературе [1—3], но и в практике антимонопольного регулирования [4].

Статья 1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>2</sup> (далее — Закон о защите конкуренции) относит к предмету регулирования соответствующего Закона организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, а также недопущения, ограничения, устранения конкуренции.

В своей практике антимонопольные органы неоднократно сталкивались с явлением мнимой конкуренции. Несмотря на антиконкурентную природу таких действий, их квалификация как нарушения антимонопольного законодательства либо затруднительна

<sup>1</sup> Тот обходит закон, кто, соблюдая его букву, действует не в духе закона (перевод с лат.).

<sup>2</sup> Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

(и такое решение сопряжено с высоким риском отмены в связи с отсутствием всех элементов состава соответствующего правонарушения), либо вообще невозможна (поскольку в ряде случаев такое поведение будет считаться допустимым с точки зрения Закона о защите конкуренции).

Действия, охватываемые категорией мнимой конкуренции, не подпадают под определение понятия монополистической деятельности, поскольку формально направлены не на ограничение конкуренции, а на создание видимости конкуренции, ее имитацию. В связи с этим такие действия заслуживают отдельного рассмотрения именно как формы антиконкурентного поведения. Предлагаем далее использовать для обозначения данного явления понятие «мнимая конкуренция», не беря его в кавычки.

Понятие мнимости в юридической науке практически тождественно общепринятому смыслу этого слова. Например, мнимая оборона в теории уголовного права — это оборона против воображаемого, а не действительного посягательства. Мнимая сделка в гражданском праве — это сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия (п. 1 ст. 170 ГК РФ)<sup>3</sup>.

Очевидно, что в состоянии мнимой конкуренции находятся хозяйствующие субъекты, только один из которых будет действительным участником товарного рынка или торгов, а остальные фактически не реализуют товар на этом рынке, не принимают участия в конкурентной борьбе на торгах и не претендуют на победу в них. Их заявка на участие в торгах или информация о присутствии на товарном рынке не имеют цели реализовать или приобрести какой-либо товар (услугу), их действия не направлены на получение собственной прибыли, а осуществляются «формально», в интересах организатора этой «схемы» и только для того, чтобы у любого заинтересованного лица создавалось впечатление о наличии конкуренции на рынке или торгах, либо с целью создать искаженное представление контролирующих органов о степени концентрации данного рынка.

Итак, в соответствии с буквой Закона о защите конкуренции мнимая конкуренция не является формой монополистической деятельности. Согласно п. 10 ст. 4 указанного Закона, формами монополистической деятельности являются злоупотребление доминирующим положением, соглашение или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью.

Существует мнение, что не все ограничивающие конкуренцию действия являются запрещенной формой поведения, а лишь те из них, которые прямо поименованы в законодательстве (федеральном законе) как монополистическая деятельность. Такой вывод основан на суждении, согласно которому Конституция Российской Федерации запрещает формы монополизации и недобросовестной конкуренции (ч. 2 ст. 34), исчерпывающим образом перечисленные в Законе о защите конкуренции. Представляется, что это не так. Соотношение понятий «монополистическая деятельность» и «монополизация» является дискуссионным в конкурентном праве. Так, С. А. Паращук считает, что термин «монополизация», понимаемый как запрещенное поведение, является более широким по сравнению с термином «монополистическая деятельность». Монополизация будет включать монополистическую деятельность хозяйствующих субъектов, антимонопольные нарушения при осуществлении экономической концентрации, антиконкурентные действия при проведении торгов, антиконкурентные действия и соглашения органов власти и др. [5]. Поэтому (исходя из смысла ч. 2 ст. 34 Конституции РФ) в целях правового регулирования необходимо разграничивать правомерное осуществление монополии от противоправного [5].

Законодательство не отождествляет понятия «монополизация» и «монополистическая деятельность». И если Закон о защите конкуренции дает легальное определение понятия монополистической деятельности, то, что такое «монополизация», ни одним нормативным правовым актом не определено. Можно предположить, что монополизация — это процесс, осуществление действий, направленных на ограничение конкуренции с целью получения субъектом монополизации, в итоге, доминирующего или монопольного положения на товарном рынке.

То есть Конституция РФ защищает конкуренцию от любых форм ограничения, а не только от тех, которые являются монополистической деятельностью и включают деяния, перечисленные в п. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции. То есть свобода экономической деятельности, гарантированная ч. 1 ст. 8 Конституции РФ: («В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности»), ограничена свободой конкуренции. Как только экономическая деятельность начинает ограничивать конкуренцию одним из запрещенных законом способов, она становится монополистической деятельностью, то есть правонарушением.

В отличие от монополистической деятельности, монополизация может осуществляться не только хозяйствующими субъектами, участниками какого-либо товарного рынка или торгов, но и, например, органами власти, организаторами торгов, государственными заказчиками и т. д. И это отличие однажды было закреплено законодателем.

<sup>3</sup> Большой юридический словарь // Интернет-издание / [https://petroleks.ru/dictionaries/dict\\_big\\_law13.php](https://petroleks.ru/dictionaries/dict_big_law13.php). Дата обращения: 26.08.2019.

В первом российском законодательном акте, охраняющем конкуренцию, Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (ч. 9 ст. 4) монополистическая деятельность определялась как противодействие антимонопольному законодательству действия (бездействие) хозяйствующих субъектов или федеральных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, направленные на недопущение, ограничение или устранение конкуренции<sup>4</sup>. Указанным Законом монополистическая деятельность субъектов предпринимательства и неправомерная деятельность органов и организаций публичной власти были разделены, поскольку правонарушения указанных органов, направленные на ограничение конкуренции, по своей правовой природе не являются монополистической деятельностью [5]. То есть деятельность органов власти по ограничению конкуренции является не монополистической деятельностью, а запрещенной формой монополизации.

С этой точки зрения создание мнимой конкуренции также будет запрещенной формой монополизации, если будет доказано, что сама по себе мнимая конкуренция (а не антиконкурентные действия субъектов, находящихся в условиях мнимой конкуренции) является ограничивающим конкуренцию фактором.

Попробуем разобраться с этим вопросом. Итак, законодатель говорит нам, что негативное влияние на конкуренцию можно оказать путем ее устранения, недопущения или ограничения. Именно эти виды негативных последствий для конкуренции поименованы в ст. 11—17 Закона о защите конкуренции как условие противоправности тех действий, которые могут к этим последствиям привести. Может ли мнимая конкуренция привести хотя бы к одному из этих последствий?

Представляется, что может. Поскольку мнимая конкуренция подразумевает скоординированные действия как минимум двух участников рынка, один из которых будет только имитировать свое участие в данном товарном рынке или торгах, то и их мнимая рыночная сила, которую определяют для себя потенциальные конкуренты, желающие войти на этот рынок, будет восприниматься заинтересованными лицами как большая в сравнении с рыночной силой одного участника рынка. Таким образом, сам факт создания видимости присутствия на рынке дополнительного конкурента создает у потенциальных участников рынка ложное представление как о структуре рынка, так и о величине барьеров входа, которые этому потенциальному участнику предстоит преодолеть. Таким образом, мнимая конкуренция, даже если она не сопровождается антиконкурентным соглашением или иной формой «тра-

диционной» монополистической деятельности, уже является ограничивающим конкуренцию фактором, так как может удерживать потенциальных реальных конкурентов от входа на рынок, на котором она имеет место.

Далее, если речь идет о мнимой конкуренции на монопольном или олигопольном рынке, то она может являться фактором, устраняющим потенциальную конкуренцию монополиста с хозяйствующими субъектами, претендующими на участие на таком рынке, так как создает для монополиста возможности иметь дополнительные доходы сверх размера цены, который сложился бы на его товар в ситуации «обычной», не завуалированной монополии.

И наконец, мнимая конкуренция может ограничивать конкуренцию путем получения «псевдоконкурентами» возможности совершать антиконкурентные действия, формально не нарушая антимонопольное законодательство (например, «обходя» нормы о контроле экономической концентрации или запреты на заключение антиконкурентных соглашений — как в случае с псевдоконкуренцией участников подконтрольной одному лицу группы лиц на торгах с целью манипулирования поведением реальных конкурентов).

Однако в приведенных примерах ограничение конкуренции осуществляется путем ее имитации по инициативе участника рынка или торгов, то есть хозяйствующего субъекта, реализующего свой товар.

Ограничивают ли конкуренцию действия заказчика, покупателя, организатора торгов, если он является инициатором создания условий мнимой конкуренции?

Представляется, что ограничивают, поскольку такие его действия сами по себе могут приводить к последствиям, например, установленным ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Например, имитируя проведение конкурентной процедуры отбора поставщика, дабы не наделять заранее определенного победителя торгов статусом единственного поставщика (это может повлечь ограничения при ценообразовании), то есть, выражаясь проще, чтобы купить подороже то, что без торгов можно было купить дешевле, и избежать контроля соблюдения порядка ценообразования, заказчик может инициировать приглашение на торги «псевдоконкурентов», которые на самом деле поставкой закупаемой продукции никогда не занимались и не планируют заниматься.

Тем самым заказчик не только придаст реализации антиконкурентного соглашения на торгах вид законной процедуры, но и затруднит антимонопольному органу доказывание факта нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции. Поскольку нарушение запрета, предусмотренного указанной статьей, имеет место только в случае, если в результате таких действий была или могла быть ограничена конкуренция, то наличие нескольких допущенных до торгов заявок «псевдоконкурентов» крайне затруднит доказывание такого ограничения.

<sup>4</sup> См.: Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст. 49.

Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

Если антимонопольный орган не сможет доказать негативное влияние на конкуренцию в результате односторонних действий заказчика, при отсутствии антиконкурентного соглашения с участником торгов (например, при создании преимущественных условий одному из участников торгов), действия «псевдоконкурентов» по созданию мнимой конкуренции на этих торгах не могут быть квалифицированы как нарушение какой-либо нормы Закона о защите конкуренции.

## Вывод

Запреты на различные формы мнимой конкуренции должны быть прямо закреплены в отдельной статье (статьях) Закона о защите конкуренции и Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. ■

## Литература

1. Степанова Е. Е. Контрактная система в сфере закупок: опыт цивилистического исследования: Монография. СПб.: Гамма, 2018. 228 с.
2. Куракин А. В., Сухаренко А. Н. К вопросу о декриминализации преступлений в системе государственно-

го оборонного заказа // Российская юстиция. 2018. № 10. С. 29—31.

3. Алешин К. Н. Мнимая конкуренция на торгах: проблемы квалификации // Российское конкурентное право и экономика. 2017. № 1. С. 28—31.
4. Доклад о состоянии конкуренции в России за 2017 год. М.: ФАС России, 2018. С. 23—24.
5. Паращук С. А. Монополия и монополизация: регламентация в российском праве: Сборник избранных статей по конкурентному праву. М.: МГУ им. М. В. Ломоносова, 2018. С. 76, 90, 91.

## Сведения об авторе

**Алешин Константин Николаевич:** кандидат юридических наук, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, доцент кафедры правовой защиты экономической конкуренции СПбГУ, заместитель начальника Правового управления Федеральной антимонопольной службы

### *Контактная информация*

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (499) 755-23-23

E-mail: k.aleshin@fas.gov.ru