

№ 4 (24) 2020
No 4 (24) 2020

ISSN: 2542-0259

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика*

Scientific and Practical Journal

Russian Competition Law and Economy



Учебно-методический центр
ФАС России

Издательский дом

**ДЕЛОВОЙ
ЭКСПРЕСС**

Финансовый издательский дом
«Деловой экспресс»

* В соответствии с решением ВАК при Минобрнауки России от 13.07.2018 № 21/257 журнал «Российское конкурентное право и экономика» включен в Перечень рецензируемых научных изданий, рекомендуемых для опубликования результатов диссертационных исследований.

Редакционный совет:

Артемьев Игорь Юрьевич (председатель)

к.б.н., зав. кафедрой экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, зав. кафедрой ФАС России при ГУ ВШЭ, помощник Председателя Правительства РФ

Максимов Сергей Васильевич (заместитель председателя редакционного совета)

д.ю.н., проф.

Салимзянов Булат Ильдарович

к.ю.н., директор ФГАУ «Учебно-методический центр» ФАС России

Шарков Андрей Валентинович

генеральный директор Акционерного общества «Финансовый издательский дом «Деловой экспресс»

Редакционная коллегия:

Максимов Сергей Васильевич (главный редактор)

д.ю.н., проф., главный научный сотрудник ИПРАН РАН

Осипова Елена Владимировна (зам. главного редактора)

начальник научно-методического отдела ФАС России

Лисицын-Светланов Андрей Геннадьевич (руководитель юридической секции)

академик РАН, д.ю.н., проф., сопредседатель Научного совета РАН по проблемам защиты и развития конкуренции

Блажеев Виктор Владимирович

к.ю.н., проф., ректор МГЮА им. О. Е. Кутафина, вице-президент Ассоциации юридического образования

Борисова Людмила Николаевна

к.ю.н., доцент, руководитель Саратовского УФАС России, заведующий кафедрой конкурентного права Саратовской государственной юридической академии

Варламова Алла Николаевна

д.ю.н., доцент, проф. кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова

Губин Евгений Парфирьевич

д.ю.н., проф., зав. кафедрой предпринимательского права юрфака МГУ им. М. В. Ломоносова

Гуленков Михаил Сергеевич

к.ю.н., ст. преподаватель МПТ РЭУ им. Г. В. Плеханова, ФАС России

Егорова Мария Александровна

д.ю.н., доцент, проф. кафедры конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина

Кинев Александр Юрьевич

д.ю.н., проф., член Центральной избирательной комиссии

Кучеров Илья Ильич

д.ю.н., проф., зам. директора ИЗиСП при Правительстве РФ

Лопатин Владимир Николаевич

эксперт РАН, д.ю.н., проф., заслуженный деятель науки РФ, научный руководитель (директор) РНИИИС

Молчанов Артем Владимирович,

к.ю.н., преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина

Новоселова Людмила Александровна

д.ю.н., проф., председатель Суда по интеллектуальным правам

Паращук Сергей Анатольевич

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права, рук. магистерской программы «Конкурентное право» юрфака МГУ им. М. В. Ломоносова

Пузыревский Сергей Анатольевич

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина, ФАС России

Самолысов Павел Валерьевич

к.п.н., доцент, доцент кафедры организации финансово-экономического, материально-технического и медицинского обеспечения Академии управления МВД России

Тенишев Андрей Петрович

к.ю.н., заведующий кафедрой конкурентного права ИГиНБ РАНХиГС при Президенте РФ

Тесленко Антон Викторович

к.ю.н., зам. начальника Управления по борьбе с картелями, ФАС России

Тосунян Гарегин Ашотович

академик РАН, д.ю.н., проф., зав. сектором финансового, налогового, банковского и конкурентного права ИГП РАН

Федоров Александр Вячеславович

к.ю.н., проф., зам. Председателя СК России

Никипелов Александр Дмитриевич

(руководитель экономической секции), академик РАН, д.э.н., профессор директор, Московской школы экономики МГУ им. М. В. Ломоносова

Агапова Елена Викторовна

к.э.н., доцент, заведующий кафедрой «Теория и практика конкурентных отношений» Центра развития конкурентной политики и государственного заказа

Айтжанов Алдаш Турдыкулович

к.э.н., президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»

Башлаков-Николаев Игорь Васильевич

к.э.н., старший научный сотрудник РЭУ им. Плеханова, доцент кафедры антимонопольного регулирования МГОУ

Голобокова Галина Михайловна

д.э.н., проф., зав. научно-исследовательским отделом инновационных проблем интеллектуальной собственности РНИИИС

Джукич Петар

профессор технологическо-металлургического факультета Университета в Белграде, Республика Сербия

Заварухин Владимир Петрович

к.э.н., директор ИПРАН РАН

Караганчу Анатолий Владимирович

д.э.н., проф., «Сибирский университет Лучиан Блага», г. Сибиу, Румыния

Кашеваров Андрей Борисович

к.э.н., зав. базовой кафедрой ФАС России ФГБОУ ВО «Финансовый университет при Правительстве РФ», ФАС России

Кириллова Оксана Юрьевна

д.э.н., доцент, проф. РЭУ им. Плеханова

Клеева Людмила Петровна

д.э.н., проф., зав. сектором мониторинга состояния научно-технического комплекса ИПРАН РАН

Князева Ирина Владимировна

д.э.н., проф., рук. научной лаборатории «Центр исследования конкурентной политики и экономики» СИУ — филиала РАНХиГС

Колесников Сергей Иванович

академик РАН, д.м.н., проф., засл. деятель науки РФ, советник Президиума РАН

Королев Виталий Геннадьевич

к.э.н., зав. базовой кафедрой РЭУ им. Г. В. Плеханова, ФАС России

Марголин Андрей Маркович

д.э.н., к.т.н., проф., заслуженный экономист РФ, проректор РАНХиГС при Президенте РФ

Сероштан Мария Васильевна

д.э.н., проф., действительный член РАЕН, проф. кафедры стратегического управления ИЭМ БГТУ им. Шухова, главный научный сотрудник РНИИИС

Стародубов Владимир Иванович

академик РАН, д.м.н., проф., заслуженный врач РФ, академик-секретарь отд. медицинских наук РАН, директор ФГБУ ЦНИИОИЗ Минздрава России

Сушкевич Алексей Геннадьевич

к.э.н., проф., заслуженный экономист РФ, директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК, зам. зав. базовой кафедрой ФАС России НИУ ВШЭ

Цыганов Андрей Геннадьевич

к.э.н., заслуженный экономист РФ, ведущий научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, ФАС России

Шульц Владимир Леопольдович

член-корр. РАН, д.ф.н., проф., заслуженный деятель науки РФ, директор ЦИПБ РАН, зам. председателя Президиума ВАК при Минобрнауки России

Содержание

Вступительное слово

- 4 Новогоднее обращение главного редактора к читателям, авторам и членам редакционного совета и редакционной коллегии журнала «Российское конкурентное право и экономика»

Борьба с картелями

- 6 Декартелизация экономики: действующая модель, альтернативные и комбинированные подходы
Заварухин В.П., Институт проблем развития науки РАН, г. Москва
Лисицын-Светланов А.Г., Институт государства и права РАН, г. Москва
Максимов С.В., Институт проблем развития науки РАН, ФАС России, г. Москва
- 14 Подконтрольная группа лиц по делам о картелях: подходы ведомства и судов
Щерба Т.Э., VEGAS LEX, г. Москва

Теория конкурентного права

- 22 Антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав сквозь призму конституционных норм
Сайдашев Р.З., ФАС России, МГЮА им. О.Е. Кутафина, г. Москва
- 28 О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией
Винчковский Е.В., Адвокатское бюро «Инфралекс», г. Москва

Экономическая теория конкуренции

- 36 Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов как фактор стимулирования экономического соперничества хозяйствующих субъектов
Белова С.Н., Академия управления МВД России, г. Москва

Антимонопольное регулирование деятельности торговых сетей

- 44 Ретейл против маркетплейса
Федоров П.Г., Юридическая фирма ЮстПро, г. Москва
- 50 Комментарий к статье «Ретейл против маркетплейса»
Гуленков М.С., РЭУ им. Г.В. Плеханова, ФАС России, г. Москва

Проблемы конкуренции на цифровых рынках

- 52 Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper
Маслов А.О. МГЮА им. О.Е. Кутафина, г. Москва

Контроль в сфере закупок

- 60 Правовые последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки
Домбаев С.С., Дальневосточный федеральный университет, г. Владивосток, МГУ им. М.В. Ломоносова, г. Москва
- 70 Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование
Тихомиров П.А., Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации, г. Москва
- 84 Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта с единственным поставщиком (на примере уголовно-исполнительной системы)
Хомяков А.Н., Алиев В.А., Башкортостанское УФАС России, г. Уфа
Москвитин О.А., Институт конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва
Бочинин И.П., Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», МГЮА им. О.Е. Кутафина, г. Москва

Обзоры

- 90 Аналитический обзор судебных дел с участием антимонопольного органа
Вовкивская Л.В., Финансовый университет при Правительстве РФ, ФАС России, г. Москва
Савостина Е.В., ФАС России, г. Москва
- 94 Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в III квартале 2020 г.)
Москвитин О.А., Институт конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва
Бочинин И.П., МГЮА им. О.Е. Кутафина, Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва
- 102 Обзор практики отнесения компаний к подконтрольным в соответствии с положениями частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции
Попков А.В., ФАС России, МГЮА им. О.Е. Кутафина, г. Москва

Обзор мероприятий

- 106 Диалог членов ОКЮР с Евразийской экономической комиссией

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-4-5>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Новогоднее обращение главного редактора к читателям, авторам и членам редакционного совета и редакционной коллегии журнала «Российское конкурентное право и экономика»

New Year's Address of the Editor-in-Chief to Readers, Authors and Members of the Editorial Board and Editorial Board of the Journal Russian Competition Law and Economy

Дорогие друзья и коллеги!

Уходящий 2020 год уже стал годом заметных и важных событий для каждого, чья жизнь так или иначе связана с теорией и практикой антимонопольного регулирования. 30 лет назад (10 сентября 1990 г.) был создан первый антимонопольный орган новой России — Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур.

За прошедшие годы благодаря усилиям многотысячного коллектива антимонопольного регулятора, экспертного и предпринимательского сообществ, поддержке Правительства и Президента Российской Федерации были сформированы основы государственной конкурентной политики, отвечающие реалиям российской жизни. Удалось добиться ряда важных успехов не только в области борьбы с негативными проявлениями монополизма, но и в совершенствовании законодательной базы

защиты и развития конкуренции, закупочной деятельности, иностранных инвестиций, рекламы, тарифного регулирования, государственного оборонного заказа.

Все это позволило Федеральной антимонопольной службе стать полезным нашему обществу и государству инструментом экономической политики, имеющим высокую репутацию не только в России, но и у мирового профессионального сообщества.

Все эти большие и малые достижения в сфере антимонопольного регулирования и развития конкуренции в нашей стране на протяжении последних 16 лет связаны с личностью Игоря Юрьевича Артемьева, который руководил Федеральной антимонопольной службой с момента ее создания в 2004 г. и до назначения 11 ноября 2020 г. помощником Председателя Правительства Российской Федерации.

Именно И. Ю. Артемьеву принадлежит ведущая роль в создании в коллективе Службы и антимонопольном экспертном сообществе творческой атмосферы и интереса к поиску истины, без которых наука и образование постепенно становятся невостребованными и декоративными.

Наш журнал, несомненно, есть часть этой атмосферы и одновременно открытая площадка для свободного обмена мнениями специалистов о прошлом, настоящем и будущем экономической конкуренции и конкурентной политики в России. Уверен в том, что и для нового руководителя ФАС России, и для каждого «антимонопольщика» эта атмосфера представляет и будет представлять неизменную ценность.

Пользуясь случаем, хочу выразить искреннюю признательность всем читателям, авторам, рецензентам, членам редакционной коллегии и редакционного совета, а также издателям нашего журнала за помощь в поиске столь нужных сегодня для России и ее граждан ответов на связанные с конкуренцией вызовы их экономическому благополучию и поздравить с наступающим 2021 годом, пожелать всем душевного тепла и спокойствия, здоровья, благополучия, семейного счастья, новых профессиональных и творческих удач! ■

Главный редактор
Максимов Сергей Васильевич

Декартелизация экономики: действующая модель, альтернативные и комбинированные подходы¹

Заварухин В.П.,

Институт проблем развития
науки РАН,
117218, Россия, г. Москва,
Нахимовский пр-т, д. 32

Лисицын-Светланов А.Г.,

Институт государства и права
РАН,
119019, Россия, г. Москва,
ул. Знаменка, д. 10

Максимов С.В. *,

Институт проблем развития
науки РАН,
Федеральная антимонопольная
служба,
117218, Россия, г. Москва,
Нахимовский пр-т, д. 32,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Аннотация

В статье рассмотрены понятие, предыстория и современная практика картелизации российской экономики. Выделены ключевые факторы роста картелизации, сформулированы основные подходы к модернизации современной государственной политики по декартелизации российской экономики.

Интенсивный многоуровневый контроль за торгами со стороны антимонопольных органов, Федерального казначейства, Счетной палаты России и ведомств-заказчиков позволил не только выявить масштабную практику искусственного регулирования цен на торгах с использованием картельных схем, но и обнаружить признаки системы организованных злоупотреблений в сфере публичных закупок, среди которых картель не является наиболее опасным преступлением.

В настоящее время вопросы допустимости соглашений хозяйствующих субъектов в основных сферах рыночных отношений должны решаться в контексте задач перехода к инновационной цифровой экономике, преодоления общего экономического кризиса, усиленного пандемией коронавируса COVID-19, соблюдения баланса между транснациональными экономическими связями и протекционизмом национальных юрисдикций.

Наиболее перспективным направлением формирования общих подходов к противодействию картелизации цифровой экономики следует признать инициирование разработки в рамках UNCITRAL (Комиссии ООН по праву международной торговли) типового закона соответствующего содержания, который относится к форме «мягкого права», а также аналогичного модельного закона ЕАЭС.

Ключевые слова: конкуренция, картели на торгах, декартелизация, протекционизм, типовой закон UNCITRAL.

Для цитирования: Заварухин В.П., Лисицын-Светланов А.Г., Максимов С.В. Декартелизация экономики: действующая модель, альтернативные и комбинированные подходы // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 6–13.
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-6-13>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ (проект № 20-010-00773).

Decartelization of the Economy: Working Model, Alternative and Combined Approaches²

Vladimir P. Zavarukhin,

Institute for the Study of Science
RAS,
Nakhimovsky av., 32,
Moscow, 117218, Russia

**Andrey G. Lisitsyn-
Svetlanov,**

Institute of State and Law RAS,
str. Znamenka, 10,
Moscow, 119019, Russia

Sergey V. Maksimov*,

Institute for the Study of Science
RAS,
Federal Antimonopoly Service,
Nakhimovsky av., 32,
Moscow, 117218, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

The article examines the concept, prehistory and modern practice of cartelization of the Russian economy. The key factors of the growth of cartelization are highlighted, the main approaches to modernization of the modern state policy on decartelization of the Russian economy are formulated.

The intensive control over tenders by the antimonopoly bodies, Federal Treasury, Accounting Chamber and Government customers made it possible not only to reveal a large-scale practice of artificial bidding prices regulation using cartel schemes but also to reveal signs of a system of organized abuse in the field of public procurement, among which the cartel is not the most dangerous crime.

Currently, the decisions on admissibility of business entities agreements in main areas of market relations should be taken in terms of facilitating the transition to an innovative digital economy, overcoming the general economic crisis, reinforced by the COVID-19 coronavirus pandemic, as well as of maintaining a balance between transnational economic relations and protectionism of national jurisdictions.

The most promising direction for the formation of common approaches to countering cartelization of digital economy might be an initiation of the development within the framework of UNCITRAL (UN Commission on International Trade Law) of a model law of the appropriate content, which refers to the form of "soft law", as well as of similar EAEU model law.

Keywords: *competition, bidding cartels, decartelization, protectionism, UNCITRAL model law.*

For citation: Zavarukhin V.P., Lisitsyn-Svetlanov A.G., Maksimov S.V. Decartelization of the economy: working model, alternative and combined approaches // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 6–13, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-6-13>

The authors declare no conflict of interest.

Борьба с картелями относится к числу приоритетов российской антимонопольной политики на протяжении последних 30 лет, т. е., по сути, с момента создания первого антимонопольного органа — Государственного комитета РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур³.

² The article was prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research (project No. 20-010-00773).

³ См.: Постановление Совета Министров РСФСР от 10.09.1990 № 344 «Вопросы Государственного комитета РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур» (вместе с «Временным положением о Государственном комитете РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур») // СП РСФСР. 1991. № 2. Ст. 12.

В течение этого периода интенсивность борьбы картелями нарастала, достигнув своего пика к 2017 г., когда впервые в новейшей истории страны предотвращение картельных сговоров было включено в число основных задач Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 г. (п. 16)⁴.

Государственная политика борьбы с картелями, пройдя несколько этапов развития, каждый из которых был связан с существенными изменениями антимонопольного, административного, уголовного и уголовно-процессуального законодательства, сегодня сконцентрирована на пресечении и применении мер ответственности за наиболее опасные, нередко виртуальные, формы картелей [1].

В соответствии с ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)⁵ к *картелям* относятся *соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами*, т. е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или (с 2015 г.)⁶ между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к одному или нескольким из перечисленных ниже последствий: 1) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; 2) повышение, снижение или поддержание цен на торгах; 3) раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) сокращение или прекращение производства товаров; 5) заключение договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками)⁷.

В зависимости от характера последствий (наступившие или вероятные) и их размера (применительно к наступившим последствиям), выраженного величиной (суммой) незаконно полученного дохода или причиненного ущерба, выраженных в рублях, действующее законодательство России предусматривает административную (ст. 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях — КоАП РФ) или уголовную ответственность (ст. 178 УК РФ).

Нужно также отметить, что картельный сговор ограничивает конкуренцию и нивелирует возможность формирования конкурентной среды, поскольку честная и прозрачная конкуренция, создающая высокие предпринимательские риски, участникам рынка зачастую просто невыгодна.

Среди перечисленных выше форм картелей, различия между которыми определяются реальными или вероятными последствиями и их тяжестью, правоприменительная практика закономерно выделила картельные соглашения, заключаемые участниками государственных, муниципальных и иных публичных закупок — так называемые *картели на торгах*.

Выявленные ФАС России в 2017—2019 гг. картели в наибольшей степени были распространены в сфере конкурсных закупок строительных и ремонтных работ (16,8%), поставок лекарственных средств и медицинских изделий (11,8%), продуктов питания (7%), строительства, ремонта и обслуживания дорог (6%), пассажирских перевозок (4,2%), предоставления услуг ЖКХ (2,5%), охранных услуг (1,5%). Если в 2017 г. на эти сферы приходилось немногим более трети всех рассмотренных антимонопольными органами дел об административно наказуемых картелях, то в 2019 г. их доля достигла 52% [2].

Определяющее влияние на рост числа выявляемых ФАС России признаков картельных соглашений на торгах оказали два обстоятельства: 1) закупки для нужд государства и муниципальных образований стали (несмотря на все их недостатки) одним из основных и наиболее надежных ресурсов для развития для значительной части бизнеса (уже в 2016 г. объем госзаказа, включая закупки госкорпораций, достиг 30 трлн руб., или 25% ВВП) [3]; 2) чрезвычайно сложные процедуры торгов стали эффективным прикрытием множества мошеннических схем для организованного хищения бюджетных средств и средств госкомпаний, взяточничества и коммерческого подкупа [4, с. 81].

В этой связи интенсивный многоуровневый контроль за торгами со стороны антимонопольных органов, Федерального казначейства, Счетной палаты России и ведомств-заказчиков, позволяющий быстро выявлять признаки искусственного регулирования цен на торгах, «высветил» верхушку огромного «айсберга» всевозможных злоупотреблений в сфере публичных закупок, среди которых картель оказался далеко не самым опасным преступлением [5, с. 908]. Все чаще антимонопольные органы стали сталкиваться с феноменом псевдокартелей, когда признаки сговора между участниками торгов являются лишь частью картины общего сговора членов преступного сообщества, созданного и руководимого представителем госзаказчика с целью хищения бюджетных средств путем обманных действий на торгах (мошенничества). Цифровизация торгов предопределила и цифровизацию обмана, используемого картелями и псевдокартелями для хищения бюджетных средств [6].

⁴ См.: Указ Президента РФ от 13 мая 2017 г. № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» // Российская газета. 2017. 15 мая.

⁵ См.: СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

⁶ См.: Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 05.10.2015 № 275-ФЗ // СЗ РФ. 12.10.2015. № 41 (ч. I). Ст. 5629.

⁷ Федеральный закон от 06.12.2011 № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 12.12.2011. № 50. Ст. 7343.

Согласно оценке антимонопольного органа суммарный ущерб для экономики страны от картелей, среди которых абсолютно преобладают картели на торгах, составляет около 2% ВВП [7] (ВВП России в 2019 г. составлял более 110 трлн руб.) [8].

Таким образом, несмотря на предпринимаемые разносторонние, в том числе комплексные, меры борьбы с картелями, сегодня имеет место масштабная картелизация российской экономики, у которой, впрочем, есть эмпирически установленная специфика. Ключом к ее пониманию является то, что типичным реальным (неформальным) участником картеля на торгах является должностное лицо государственного или иного публичного заказчика.

Статус такого участника картельного соглашения является неформальным, потому что картель, согласно определению, содержащемуся в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, — это соглашение между хозяйствующими субъектами. Однако такое соглашение без участия должностного лица (организованной группы должностных и недолжностных лиц публичного заказчика), которое, по сути, назначает начальную максимальную цену торгов и предельные размеры выгоды каждого участника картеля (или псевдокартеля), практически становится невозможным или бессмысленным.

Таким образом, картель на торгах с латентным участием должностного лица — это «сговор в сговоре», т. е. часть более сложного и более опасного с точки зрения уголовного закона преступления, каковым является создание организованных групп (нередко преступных сообществ) с целью мошеннического обращения бюджетных средств в крупных и особо крупных размерах в пользу участников такой группы (или сообщества) путем имитации легальных открытых торгов.

Из этого следует, что решение проблемы декартелизации российской экономики, даже если искусственно ограничить ее рамки вопросами декартелизации торгов, далеко выходит за пределы совершенствования мер юридической ответственности за картели.

Детерминанты картелизации торгов (в том смысле, из которого исходит антимонопольный регулятор) не могут быть устранены или существенно ограничены без устранения факторов, провоцирующих общий сговор, направленный на хищение бюджетных средств, или благоприятствующих такому сговору. Круг причин и условий, способствующих хищениям бюджетных средств с использованием недостатков механизма государственных и муниципальных закупок значительно шире и глубже этиологии картельных соглашений на торгах. К числу первых, в частности, относится неустраимая страсть человека к наживе (корысть), которую в реальности удастся лишь уменьшать с помощью религии, правильного семейного и школьного воспитания [9] или ограничивать в реализации посредством тотального социального и технического контроля.

В этой связи нет ничего удивительного в том, что, несмотря на активные усилия со стороны государства и, прежде всего, со стороны антимонопольного регулятора (начиная с 2004 г. принято 4 пакета антимонопольного законодательства, включая усиление мер административной и уголовной ответственности за картели), не удалось обеспечить декартелизацию российской экономики, в том числе такого ее сектора, как публичные торги [5, с. 909]. Даже принятие в 2019 г. Правительством России специальной Межведомственной программы мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений пока не принесло устойчивых позитивных результатов⁸.

Добиться существенных результатов в борьбе с картелями не является возможным без применения комплексного экономического анализа рынков, базирующегося на многофакторном экономическом моделировании и учете сложившейся бизнес-практики.

В условиях современных реалий политика декартелизации российской экономики, на наш взгляд, должна быть направлена на решение двух взаимосвязанных проблем.

Первая: устранение и минимизация причин картелизации сложившихся хозяйственных отношений.

Вторая: создание условий экономической невыгодности картельных проектов.

Решение этих проблем соответствует общему тренду антимонопольной политики, сформированному во многом благодаря усилиям антимонопольного регулятора [10].

Основным признаком любого картеля является наличие соглашения между хозяйствующими субъектами. С формально-правовой точки зрения, учитывая положения ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), применительно к частно-правовым отношениям действует принцип свободы договоров, кроме случаев, «когда условие предписано законом или иным правовым актом». Принцип свободы договора, как общая норма гражданского права, ограничен требованием не нарушать права третьих лиц. ГК РФ также содержит положения, определяющие условия заключения сделок, требования соблюдения их существенных условий и формы. Применение антимонопольного регулирования к картельным соглашениям и признание их противоправными по существу опирается на установление факта нарушения общественного интереса, связанного с рыночными отношениями, основанными на конкуренции ценообразования, условий продаж, использования интеллектуальной собственности, объемов производства и условий сбыта продукции.

⁸ Распоряжение Правительства РФ от 17.06.2019 № 1314-р «Межведомственная программа мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений на 2019—2023 годы» // СЗ РФ. 01.07.2019. № 26. Ст. 3475.

Помимо заключения указанных соглашений в деловой практике известны случаи, когда коммерческие структуры действуют согласованно без формальных договоров в собственных интересах, но в ущерб интересам других участников рынка и (или) потребителя. В данном случае следует говорить о латентной картельной практике, основанной на *конклюдентных действиях*. В цивилистике, в особенности в международном частном праве, институт конклюдентных действий, как основание возникновения договорных отношений, имеет давнюю историю. Использование данного института антимонопольным регулятором требует особых подходов к сбору доказательств, которые могут быть представлены и приняты судом в качестве надлежащих.

Анализ многообразной практики участия хозяйствующих субъектов в госзакупках показывает, что не только должностные лица органов государственной власти могут быть инициаторами сговора между участниками торгов, но и бенефициары, собственники и лица, выполняющие управленческие функции в организациях — участниках торгов, совершающие конклюдентные действия, могут инициировать коррупционные соглашения с должностными лицами организатора торгов для того, чтобы придать своим действиям видимость легитимности.

В обоих случаях усилия государства, прежде всего, должны быть направлены на совершенствование государственного управления [11, с. 3], обеспечение незаинтересованности должностных лиц госзаказчиков в победе конкретных хозяйствующих субъектов, на устранение или, по меньшей мере, минимизацию любых факторов, провоцирующих общение между госзаказчиком и потенциальным победителем. Такая минимизация возможна, если государственные торги будут полностью автоматизированы [12].

Широкое толкование понятия «соглашение» применительно к практике декартелизации рынков должно иметь разумные, прагматичные пределы. Исторический опыт показывает, что на определенных этапах развития рынка как в Российской империи, так и за рубежом монополистические объединения дали существенный импульс для развития экономики [5, с. 905]. При этом, разумеется, речь не идет о сговорах с представителями госзаказчика на торгах.

Российские рыночные отношения и конкуренция на рынке относительно молоды. Их особенность состоит в том, что они не стали результатом эволюционного развития, объективно растянутым во времени, а были «революционно» легализованы в ст. 8 и 34 Конституции Российской Федерации 1993 г. Этому предшествовал длительный период отечественной антирыночной экономики и идеологии. При этих обстоятельствах вопрос о недопустимости или допустимости соглашений, касающихся основных сфер рыночных отношений, с точки зрения достижения позитивных результатов развития рынка

следует решать в контексте актуальных проблем современной экономики и повышения ее эффективности.

В этой связи особо следует выделить *три задачи*: 1) задачу построения инновационной цифровой экономики; 2) задачу преодоления общего экономического кризиса, усиленного пандемией коронавируса COVID-19; 3) задачу соблюдения баланса между объективно сложившимися транснациональными экономическими связями и протекционизмом национальных юрисдикций.

Инновационное развитие, в основе которого лежат отношения, связанные с интеллектуальной собственностью, по своей сути предполагает наличие соглашений, базирующихся на признании, во-первых, исключительных прав и, во-вторых, на легитимной согласованности действий на рынках обладателя исключительных прав и лиц, которым предоставляются права на производство, продажу и рекламу производимой инновационной продукции. Для традиционного подхода к квалификации подобных соглашений как картельных эти два признака вполне могут быть взяты за основу. Однако именно они являются одним из краеугольных камней инновационных отношений, особенно в сфере международных экономических отношений, т. е. могут рассматриваться в качестве обычной деловой практики. Это объективное противоречие требует особого подхода к изучению картельной практики и мер по декартелизации при коммерческом обороте объектов интеллектуальной собственности с учетом национальных интересов России.

Подходы к декартелизации экономики следует рассматривать с учетом того, что недобросовестная конкуренция в современных условиях не ограничивается отдельным изолированным рынком, в частности российским, или региональным, например, рынком (рынками) ЕАЭС. Конкуренция, как и практика нарушения ее правил, установленных законом и (или) международным договором, имеют транснациональный характер. Возникающие проблемы следует решать не только через международно-правовые средства и меры внешнеполитического регулирования, но и посредством корректировки внутриэкономической политики, связанной в том числе и с проблемами декартелизации.

Важно учитывать, что большинство российских предприятий, не относящихся к энергетической и сырьевой отраслям, по своим возможностям значительно слабее давно сформировавшихся зарубежных транснациональных структур.

Этот дисбаланс возможностей можно обнаружить в различных областях, в частности в фармацевтической промышленности, где «встающие на ноги» отечественные фармацевтические компании вынуждены конкурировать на российском рынке с давно структурированными и имеющими огромный «запас прочности» транснациональными компаниями. В данном случае в интересах развития отечественной фармацевтики объединение усилий российских компаний заслужива-

ет поощрения, а не запрещения для поддержания формально справедливой конкуренции с теми, кто заведомо обладает существенно большими экономическими и неэкономическими возможностями. За рубежом известны примеры государственной поддержки соглашений компаний, действующих в национальных интересах. В числе последних — совместные исследования фармацевтических компаний Pfizer и BioNtech по разработке вакцины против COVID-19.

В этой связи к числу мер по декартелизации следует отнести и меры протекционистского характера по отношению к отечественным компаниям с учетом того, что локализация зарубежного бизнеса не является достаточным условием для его признания национально ориентированным.

Также следует учитывать, что современная практика международных экономических отношений отягощена протекционистскими барьерами. В зарубежной практике (в том числе стран Запада) они в определенной степени дезавуировали основные принципы добросовестной конкуренции на мировом рынке. При модернизации отечественной антикартельной практики важно найти баланс между поддержкой отечественных компаний в целях противодействия доминированию на российском рынке транснациональных компаний — с одной стороны, и применением эффективных мер против картелей, инициированных зарубежными компаниями или их бенефициарами — с другой стороны.

Для решения данной проблемы важно обеспечить постоянный оперативный мониторинг, который помимо анализа и оценки существующего положения дел включает также прогноз, причем не только реальной экономической ситуации (которая не ограничивается рамками статистически учитываемой), но и складывающейся правоприменительной практики. Без этого эффективное решение задач по демополизации и декартелизации экономики вряд ли возможно.

Очевидно, что коммерческие отношения и их организационно-правовые формы всегда опережают законотворческий процесс. Исключение составляют разве что революции, когда идеи нового политического и экономического устройства императивно привносятся в общество, нередко намного опережая реальную экономическую жизнь.

В политически стабильных государствах законотворческий процесс объективно связан с открытыми парламентскими дискуссиями и выработкой решений, отвечающих чаще всего на те вызовы, которые складываются или уже сложились в предпринимательской среде. При этом законодатель заинтересован в вовлечении в эти дискуссии экспертов, представляющих разные точки зрения на одну и ту же проблему, и способы ее разрешения, а не только экспертов, поддерживающих заранее принятое и не обязательно отвечающее общенациональным интересам решение.

Более того, принимая во внимание объективную необходимость для развитой национальной экономики быть интегрированной в мирохозяйственные связи, регулирование, противодействующее недобросовестной конкуренции, также должно учитывать складывающуюся региональную и мировую практику, а в ряде случаев строиться на международно-правовой основе, что предполагает непростой путь заключения международных договоров.

Таким образом, реальная практика показывает, что для адекватного противодействия картелям недостаточно использовать детальную регламентацию, содержащуюся в федеральном законе. Для этой цели не менее, а, как правило, более важным является совершенствование судебной практики и достаточность полномочий регулятора по предупреждению, выявлению и пресечению картельных практик любого уровня общественной вредности.

Самостоятельную проблему представляет декартелизация экономических отношений, часть которых существует в киберпространстве, где принципы правовой оценки картельных практик определяются их транснациональным характером. Ограничения конкуренции современными цифровыми картелями может осуществляться за счет использования неценовых факторов, к числу которых принадлежат сетевые эффекты, механизмы анализа больших данных, а также за счет сговоров на торгах посредством алгоритмов, использующих «большие данные» (цифровые роботы, искусственный интеллект). Применяемая сегодня модель анализа состояния конкуренции на товарных рынках и традиционные подходы к определению степени злоупотребления доминирующим положением, оценка экономического и общественного вреда и пользы от слияний, картельных союзов, согласованных действий и экономической координации новых цифровых монополистов уже не могут использоваться в деятельности антимонопольного регулятора. Определение границ товарных рынков в условиях глобализации теряет практический смысл. По существу, отсутствует также и методика оценки экономической эффективности проводимых антикартельных мероприятий в новых условиях.

В настоящее время успешность решения этих задач определяется не только техническими и технологическими возможностями для отслеживания поведения хозяйствующих субъектов на многообразных торговых площадках, но и адекватностью этой задаче договорно-правовой и национальных правовых баз, а также технических регламентов, носящих на начальной стадии применения регуляторный характер на основе принципа добровольности.

Современное состояние международно-правового регулирования в рассматриваемой сфере, включая договоренности о едином понимании картеля и связанных с ним иных антиконкурентных соглашений и согласован-

ных действий, доминирования, в том числе так называемого коллективного доминирования [14], на сегодня нельзя назвать удовлетворительным.

Возможность заключения универсального международного договора антикартельной или антимонопольной направленности с соблюдением требований Венской конвенции о праве международных договоров» 1969 г.⁹, его подписание и дальнейшая ратификация абсолютным большинством стран представляется на сегодня маловероятной. Более перспективной может быть работа по формированию Комиссией ООН по праву международной торговли (United Nations Commission on International Trade Law — UNCITRAL) типового закона соответствующего содержания, который относится к форме «мягкого права», а также по разработке аналогичного модельного закона ЕАЭС [15, с. 40].

Основные выводы

1. Несмотря на то что борьба с картелями относится к числу приоритетов российской антимонопольной политики на протяжении последних 30 лет, остановить рост картелизации экономики, включая сектор публичных закупок, не удалось.

2. Интенсивный контроль за торгами со стороны антимонопольных органов позволил не только выявить масштабную практику искусственного регулирования цен на торгах и использованием картельных схем, но и обнаружить ряд системных организованных злоупотреблений в сфере публичных закупок, среди которых картель оказался далеко не самым опасным преступлением. Типичными неформальными участниками картелей и организаторами псевдокартелей на торгах обычно выступают должностные лица государственных и иных публичных заказчиков, действиям которых далеко не всегда дается полная правовая оценка.

3. Вопросы недопустимости или допустимости соглашений хозяйствующих субъектов, касающихся основных сфер рыночных отношений, с точки зрения достижения позитивных результатов развития рынка, должны решаться в контексте решения задач построения инновационной цифровой экономики; преодоления общего экономического кризиса, усиленного пандемией коронавируса COVID-19; соблюдения баланса между объективно сложившимися транснациональными экономическими связями и протекционизмом национальных юрисдикций.

4. Модернизация государственной политики декартелизации должна осуществляться с учетом того, что большинство российских предприятий, не относящихся к энергетической и сырьевой отраслям, по своим экономическим и неэкономическим возможностям значи-

тельно уступает давно сформировавшимся зарубежным транснациональным структурам, что диктует необходимость включения в число мер по декартелизации экономики особых мер протекционистского характера по отношению к отечественным компаниям.

5. Наиболее перспективным направлением формирования общих подходов к противодействию картелизации цифровой экономики, по мнению авторов, представляется инициирование разработки в рамках UNCITRAL (Комиссии ООН по праву международной торговли) типового закона соответствующего содержания, который относится к форме «мягкого права», а также аналогичного модельного закона СНГ и ЕАЭС. ■

Литература [References]

1. Галимханова Н. Ф., Тенишев А. П., Хамуков М. А., Семенова Е. В. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции / Под науч. ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова, Е. А. Войниканис. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. 311 с. [Galimkhanova N.F., Tenishev A.P., Khamukov M.A., Semyonova E.V. Antimonopoly regulation in the digital age. How to protect competition in the context of globalization and the fourth industrial noah revolution/Under scientific. ed. A.Yu. Tsarikovsky, A.Yu. Ivanova, E.A. Voinikanis. M.: Ed. Supreme House School of Economics, 2018. 311 p. (In Russ.)] DOI: 10.17323/978-5-7598-1750-5
2. Число картельных дел со сговором с чиновниками, возбужденных ФАС, в 2018 году выросло на 47% // <https://fas.gov.ru/publications/17484> (Дата обращения: 25.11.2020). [The number of cartel cases with collusion with officials, excited FAS, in 2018 increased by 47% // <https://fas.gov.ru/publications/17484> (Circulation date nia: 25.11.2020)]
3. ФАС: объем госзакупок достиг 25% ВВП // <https://fas.gov.ru/publications/1525>. (Дата обращения: 24.11.2020). [FAS: public procurement reached 25% of GDP//<https://fas.gov.ru/publications/1525>. (Case Date: 24.11.2020)]
4. Аснис А. Я. Новеллы УК РФ об ответственности за злоупотребления при выполнении государственного оборонного заказа: проблемы толкования и применения // Российский журнал правовых исследований. 2018. Т. 5. № 3 (16). С. 80—92. [Asnis A.Ya. Novels of the Criminal Code of the RF on Liability for Abuses in the Performance of the State Defense Order: Problems of Interpretation and Application // Russian journal of legal studies. 2018. Vol. 5. No 3. P. 80—92 (In Russ.)]
5. Лисицын-Светланов А. Г., Башлаков-Николаев И. В., Заварухин В. П., Максимов С. В. Картелизация российской экономики: основные причины, послед-

⁹ Венская конвенция о праве международных договоров (принята 23 мая 1969 г.) // https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (Дата обращения: 25.11.2020).

- ствия и пути их устранения // Вестник Российской академии наук. 2020. Т. 90. № 10. С. 903—913. [Lisitsyn-Svetlanov A. G., Bashlakov-Nikolaev I. V., Zavarukhin V. P., Maksimov S. V. Cartelization of the Russian economy: main causes, consequences and ways to eliminate them // Bulletin of the Russian Academy of Sciences 2020. Vol. 90. № 10. P. 903—913 (In Russ.)] DOI: 10.31857/S0869587320100072.
6. Результаты работы ФАС России по противодействию картелям и иным антиконкурентным соглашениям в 2019 году. М., 2020. С. 4. // <https://fas.gov.ru/p/presentations/585> (Дата обращения: 24.11.2020). [Results of the FAS Russia work on counteraction cartels and other anticompetitive agreements pits in 2019. M., 2020. C. 4. // <https://fas.gov.ru/p/presentations/585> (Case date: 24.11.2020)]
 7. ФАС: признаки медицинских картелей выявлены при проведении десятков тысяч аукционов // <https://gmpnews.ru/2018/07/fas-priznaki-meditsinskix-kartelej-vyyavleny-pri-provedenii-desyatkov-tysyach-aukcionov/> (Дата обращения: 25.11.2020). [FAS: signs of medical cartels revealed for tens of thousands of auctions// <https://gmpnews.ru/2018/07/fas-priznaki-meditsinskix-kartelej-vyyavleny-pri-provedenii-desyatkov-tysyachaukcionov/> (Case date: 25.11.2020)]
 8. Росстат представляет вторую оценку ВВП за 2019 год // Официальный сайт Росстата (<https://www.gks.ru/folder/313/document/81201>). (Дата обращения: 25.11.2020). [Rosstat presents the second GDP estimate for 2019//Official website of Rosstat (<https://www.gks.ru/folder/313/document/81201>). (Case date: 25.11.2020)]
 9. Соколов Я. В., Колесов Д.В. и др. Граждановедение: Ответственность за правонарушения: 7 кл.: Учеб. пособие для учащихся, их родителей и учителей / Я. В. Соколов, Д. В. Колесов и др. 10-е изд., стер. М.: Гражданин, 2004. 190 с. [Sokolov Ya.V., Kolesov D.V. and others.Civic studies: Responsibility for offenses: 7th ed.: Textbook. manual for pupils, their parents and teachers / Yakov. V. Sokolov, Dmitriy V . Kolesov et al. 10th ed., erased. Moscow: Grazhdanin, 2004. 190 p. (In Russ.)]
 10. Артемьев И. Ю. Конкурентная политика России: новые вызовы и приоритеты // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 3 (15). С. 6—15. [Artemyev I.Yu. Russian competition policy: new challenges and priorities // Russian Competition Law and Economy. 2018. No. 3 (15). P. 6—15 (In Russ.)]
 11. Лисицын-Светланов А. Г. О тенденциях развития корпоративного регулирования в Российской Федерации и за рубежом // Правовой энергетический форум. 2020. № 3. С. 4—10. [Lisitsyn-Svetlanov A. G. On development trends of corporate regulation in the russian federation and abroad // Legal energy forum. 2020. № 3. P. 4—10 (In Russ.)] DOI: 10.18572/2312-4350-2020-3-4-10
 12. ФАС рассчитывает в перспективе на полную автоматизацию госзакупок // <https://prozakupki.interfax.ru/articles/1073>. (Дата обращения: 25.11.2020). [FAS expects in the future to fully automate public procurement// <https://prozakupki.interfax.ru/articles/1073>. (Case date: 25.11.2020)]
 13. Башлаков-Николаев И. В. Коллективное и многосубъектное доминирование на рынке: проблемы законодательства правоприменения // Российский журнал правовых исследований. 2018. Т. 5. № 3 (16). С. 134—145. [Bashlakov-Nikolaev I. V. Collective and Multi-Subject Dominance in the Market: Problems of Legislation and Law Enforcement // Russian journal of legal studies. 2018. No 3 (16). P. 134—145 (In Russ.)]
 14. Максимов С. В. О перспективах принятия Конвенции Евразийского экономического союза о борьбе с картелями // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 9. С. 38—41. [Maksimov S. V. Prospects for adoption of anti-cartel convention of the eurasian economic union. Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)). 2017. № 9. P. 38—41. (In Russ.)] <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2017.37.9.038-041>

Сведения об авторах

Заварухин Владимир Петрович: кандидат экономических наук, директор Института проблем развития науки РАН
E-mail: vzavarukhin@gmail.com

Лисицын-Светланов Андрей Геннадьевич: академик РАН, главный научный сотрудник Института государства и права РАН
E-mail: svetlanov@yust.ru

Максимов Сергей Васильевич: доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института проблем развития науки РАН, помощник руководителя ФАС России
E-mail: sergeymax2006@yandex.ru

УДК: 346.546.4
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-14-21>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Подконтрольная группа лиц по делам о картелях: подходы ведомства и судов

Щерба Т.Э.,
VEGAS LEX,
115054, Россия, г. Москва,
Космодамианская наб., д. 52,
стр. 5

Аннотация

В настоящее время складывается неоднозначная судебная практика относительно толкования понятия «подконтрольная группа лиц», которое позволяет признать действия хозяйствующих субъектов не подпадающими под запреты, установленные ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Пользуясь возникшей неопределенностью, многие участники дел о картелях предпринимая попытки (и иногда успешно) доказать, что на самом деле сговор имел место внутри подконтрольной группы лиц, а следовательно, не являлся запрещенным.

В данной статье мы рассмотрим наиболее распространенные доводы, используемые хозяйствующими субъектами по делам о картелях, и дадим оценку возможности их применения в современных условиях.

Ключевые слова: конкуренция, картели, антиконкурентные соглашения, подконтрольная группа лиц, допустимость картелей.

Для цитирования: Щерба Т.Э. Подконтрольная группа лиц по делам о картелях: подходы ведомства и судов // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 14–21. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-14-21>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Meaning of ‘Controlled Group’ in Cartel Cases: Approaches of the Authority and Courts

Takhir E. Shcherba,

VEGAS LEX,
Kosmodamianskaya
embankment., 52, bldg 5,
Moscow, 115054, Russia

Abstract

Recent judicial practice regarding the interpretation of the ‘controlled group’ in order to apply exceptions from prohibition on cartel agreements is controversial.

Taking advantage of the uncertainty that has arisen, many participants in cartel cases make attempts (and sometimes successfully) to prove that in fact the conspiracy took place within a controlled group, and, therefore, was permissible.

In this article we will consider the most common arguments used by business entities in cases of cartels and evaluate the possibility of their application in modern conditions.

Keywords: *competition, cartels, anti-competitive agreements, bid rigging, a controlled group of persons, the permissibility of cartels.*

For citation: Shcherba T.E. Meaning of ‘controlled group’ in cartel cases: approaches of the authority and courts // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 14–21, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-14-21>

The author declare no conflict of interest.

По информации ФАС России, в 2019 г. возбуждено 424 дела о картелях (рост на 22% по отношению к 2018 г.), из них 372 сговора на торгах (рост на 24% по отношению к 2018 г.)¹.

Картельные сговоры являются одними из самых тяжелых правонарушений в экономической сфере [1]. По разным оценкам, вред от картелей может достигать 2% ВВП страны². Так, по мнению С.Б. Авдашевой, «ослабление конкуренции обходится России не менее 2,5% ВВП, или 1,3 трлн руб. в год» [2].

Более 80% картелей и антиконкурентных соглашений, которые раскрываются в последние годы, — это сговоры на торгах [3]. Данная статистика отражает высокую долю нарушений при распределении государственных средств и средств компаний с государственным участием, которые вынуждены неэффективно расходовать средства федерального бюджета на приобретение товаров и услуг, в том числе специального назначения [4].

В соответствии с ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (далее — Закон) под картелем понимается соглашение между хозяйствующими субъектами — конкурентами, если такое соглашение приводит или может привести к последствиям, прямо перечисленным в данной статье.

Вместе с тем Закон предусматривает исключения, при которых действия хозяйствующих субъектов — конкурентов не будут признаваться правонарушением.

¹ См.: Борьба с картелями: итоги работы ФАС в 2019 году (пресс-конференция ФАС России в ИТАР-ТАСС от 04.02.2020). URL: <https://www.facebook.com/presstass/videos/2694663013958571/> (Дата обращения: 24.10.2020).

² См.: Медведев призвал усилить борьбу с картелями из-за ущерба в 2% ВВП. URL: <https://www.interfax.ru/business/627183> (Дата обращения: 24.10.2020).

³ См.: Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Наибольший интерес представляют исключения, которые закреплены в ч. 7 и 8 ст. 11 Закона. Так, объединение хозяйствующих субъектов не может считаться картелем по причине принадлежности данных субъектов к подконтрольной группе лиц.

В соответствии с ч. 7 ст. 11 Закона: «Положения настоящей статьи не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица...».

Согласно ч. 8 ст. 11 Закона: «Под контролем в настоящей статье... понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;

2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.».

Принимая во внимание данные исключения, многие хозяйствующие субъекты стараются использовать их в качестве довода при защите по делам о картелях или расширительно толковать положения ч. 7, 8 ст. 11 Закона для тех же целей.

При расширительном толковании, как правило, подменяется понятие юридического контроля (в понимании Закона) на понятие фактического контроля (то есть фактического осуществления управления одним лицом несколькими хозяйствующими субъектами).

На основе анализа правоприменительной практики можно выделить несколько моделей фактического контроля, реализуемых посредством:

- договоров доверительного управления;
- наличия доверенностей на управление обществами со стороны одного лица;
- нахождения хозяйствующих субъектов — конкурентов в одной группе лиц (в понимании ст. 9 Закона, но не отвечающего условиям ч. 7, 8 ст. 11 Закона), в том числе по основанию наличия родственных связей;
- агентского договора;
- договора о сотрудничестве;
- отсутствия конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами на торгах ввиду их нахождения в одной цепочке поставок на товарном рынке (фактический контроль со стороны дистрибьютера).

Рассмотрим позиции судов и ФАС России по данной категории дел и оценим перспективы применения исключений из ст. 11 Закона на сегодня.

Договор доверительного управления, договор о сотрудничестве. Дело № А40-107482/19⁴

Одним из наиболее актуальных кейсов, в котором в качестве доказательства наличия контроля одного лица над несколькими компаниями был использован договор доверительного управления, является дело в отношении ЗАО «Ф» и ООО «М».

В соответствии с решением ФАС России указанные хозяйствующие субъекты являлись участниками сговора на торгах. Компании не согласились с таким выводом и подали жалобу в суд.

Суд первой инстанции (отменяя решение антимонопольного органа) установил, что требования заявителей подлежат удовлетворению ввиду того, что между ЗАО «Ф» и гр. Р. (учредитель ООО «М») *заключен договор доверительного управления* долей в уставном капитале ООО «М». Согласно условиям договора, в доверительное управление переходит доля в уставном капитале ООО «М» в размере 60%.

В договоре доверительного управления доверительный управляющий получил право участия в работе органов управления с правом решающего голоса, *в т. ч. право давать обязательные для исполнения указания исполнительному органу*. Поскольку в рассматриваемом договоре в доверительное управление была передана доля в размере 60% уставного капитала, он, по мнению суда, отвечает признакам соглашения, соответствующего п. 1 ч. 1 ст. 9 Закона.

Таким образом, суд указал, что материалами дела подтверждается вхождение заявителей в одну группу лиц и установление одним из таких хозяйствующих субъектов контроля в отношении другого хозяйствующего субъекта.

Кроме того, между субъектами был *заключен договор о сотрудничестве*, согласно которому ООО «М» обязано согласовывать с ЗАО «Ф» все осуществляемые действия по ведению деятельности и совершение в ходе осуществления деятельности сделок. Эти условия договора по своему содержанию *близки к полномочиям единолично-го исполнительного органа* субъекта.

Следовательно, в связи с тем, что ЗАО «Ф» фактически осуществляло функции исполнительного органа ООО «М», суд пришел к выводу, что ЗАО «Ф» установлен контроль над ООО «М» в понимании п. 2 ч. 8 ст. 11 Закона.

В свою очередь, в своем решении ФАС России приходит к выводу, что положения ч. 7 ст. 11 Закона не могут быть применены к договорам доверительного управления, заключенным хозяйствующими субъектами — конкурентами, *в случае отсутствия нотариального заверения*

⁴ См.: Решение Арбитражного суда города Москвы и другие судебные акты по делу № А40-107482/2019 (<https://kad.arbitr.ru/Card/9d92dfdd-2d26-4c7d-aa84-f2c8277733ea>).

и внесения соответствующей записи о переходе права в Единый государственный реестр юридических лиц.

Суд указал, что в соответствии с действующим законодательством договор доверительного управления долей в уставном капитале субъекта должен быть заключен в простой письменной форме. Такого вида договоры подлежат обязательному нотариальному удостоверению только в случае, если стороны договорились заключить его в нотариальной форме.

Что касается внесения сведений в ЕГРЮЛ, то, по мнению суда, такая обязанность установлена только в отношении управления долей, переходящей в порядке наследования.

Суд апелляционной инстанции согласился с ФАС России и отменил решение суда первой инстанции, при этом в отношении довода заявителей о неприменении антимонопольным органом при рассмотрении дела исключений, предусмотренных ч. 7 и 8 ст. 11 Закона, он указал следующее.

Согласно п. 4 ст. 209 ГК РФ собственник может передать свое имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности на него к доверительному управляющему, который обязан осуществлять управление имуществом в интересах собственника или указанного им третьего лица.

В соответствии с п. 1 ст. 1012 ГК РФ по договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя).

Вывод об отсутствии у доверительного управляющего возможности определения юридической судьбы имущества полностью соответствует положениям п. 4 ст. 209 ГК РФ, п. 1 ст. 1012 ГК РФ, согласно которым передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему, который обязан осуществлять управление имуществом в интересах собственника или указанного им третьего лица [5].

Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности на него к доверительному управляющему, а следовательно, отсутствует факт возможности распоряжения доверительным управляющим по собственному усмотрению более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на доли, составляющие уставный капитал юридического лица.

Таким образом, условия о допустимости антиконкурентных соглашений, установленные в ч. 7, 8 ст. 11 Закона, на ЗАО «Ф» и ООО «М» не распространяются,

и при осуществлении своей деятельности они должны были соблюдать требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона.

На основании изложенного оспариваемые акты ФАС России соответствуют положениям Закона и, как следствие, не нарушают права и законные интересы заявителей, в связи с чем суд апелляционной инстанции отменил решение суда первой инстанции и отказал в удовлетворении заявленных фирмами ЗАО «Ф», ООО «М» требований.

Хозяйствующие субъекты обратились с кассационной жалобой в Арбитражный суд Московского округа. Пределы рассмотрения дела в суде кассационной инстанции ограничены проверкой правильности применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права с учетом доводов кассационной жалобы, а также проверкой соответствия выводов о применении нормы права установленным ими по делу обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам. Поскольку нормы материального права, регулирующие спорные отношения, судом применены правильно, процессуальных нарушений не допущено, суд кассационной инстанции не нашел оснований для отмены или изменения принятого по делу судебного акта (постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.01.2020⁵). Следовательно, постановление суда апелляционной инстанции было оставлено без изменения, а кассационные жалобы — без удовлетворения.

Таким образом, заключение договора доверительного управления не является доказательством наличия контроля над компаниями со стороны одного лица. В данном деле суд апелляционной инстанции указал на недопустимость расширительного толкования критериев контроля, закрепленных в ч. 8 ст. 11 Закона, изучив гражданско-правовую сущность договора доверительного управления и сопоставив ее с положениями антимонопольного законодательства.

Родственные связи, доверенность, договор оказания услуг. Дела № А52-3855/2017, А45-30381/2018⁶

Псковское УФАС России признало ООО «Н» и ООО «П» участниками антиконкурентного соглашения (сговор на торгах). Компании, не согласившись с решением антимонопольного органа, обжаловали решение, ссылаясь на ч. 7, 8 ст. 11 Закона. По мнению истцов, Псковским УФАС не учтены факты:

- наличия между владельцами и руководителями хозяйствующих субъектов родственных связей. Так,

⁵ См.: Решение Арбитражного суда Псковской области от 18.01.2018 и другие судебные акты по делу № А52-3855/2017.

⁶ См.: Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 02.09.2019 и другие судебные акты по делу № А45-30381/2018.

учредителя и директора ООО «Н» г-ку А.Е.В. и учредителя ООО «П» г-ку Р. *связывает г-н А.И.Н.*, который является мужем г-ки А.Е.В. и братом г-ки Р. (рис. 1);

- оказания управленческих, административных и иных услуг по договору, в рамках которого ООО «Н» осуществляет функции исполнительного органа ООО «П»;
- наличия доверенности, согласно которой г-ка Р. уполномочила г-ку А.Е.В. осуществлять принадлежащие ей права и обязанности участника ООО «П».

Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа отмечается, что указанный в ч. 8 ст. 11 Закона перечень действий, подпадающих под понятие контроля, при наличии которых хозяйствующим субъектам предоставлен иммунитет в отношении антиконкурентных соглашений, *является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит*.

Признавая отсутствие со стороны ООО «Н» и ООО «П» нарушения, предусмотренного п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона, ввиду вхождения указанных субъектов в группу лиц по основаниям п. 3 ч. 1 ст. 9 Закона, суды не учли, что такого *основания контроля, как заключение договора, позволяющего одному юридическому лицу давать другому хозяйствующему субъекту обязательные для исполнения указания, норма ч. 8 ст. 11 Закона не содержит*.

Дополнительно Арбитражный суд Северо-Западного округа указал, что представленный договор на оказание управленческих, административных и иных услуг не отвечает положениям ст. 41 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограни-

ченной ответственностью»⁷ (далее — Закон № 14-ФЗ) в том смысле, что функции коллегиального исполнительного органа (правления, дирекции и прочих) не могут быть переданы коммерческой организации. Договор на оказание управленческих, административных и иных услуг не отвечает и положениям ст. 42 Закона № 14-ФЗ и *не может свидетельствовать об осуществлении ООО «Н» функций исполнительного органа ООО «П»*, то есть является документом, свидетельствующим о наличии контроля по признакам п. 2 ч. 8 ст. 11 Закона. Однако договор является подтверждением наличия устойчивых связей между указанными субъектами, то есть одним из доказательств по делу.

Определением Верховного Суда РФ от 24.01.2019 № 307-КГ18-24131⁸ решение Псковского УФАС России оставлено в силе.

Сложившаяся практика была принята во внимание судами при рассмотрении дела со схожими обстоятельствами (А45-30381/2018)⁹. Так, оспаривая решение Новосибирского УФАС России, ответчики указывали, что входят в группу компаний, подчиняющуюся ООО «Ф», которое было единым и общим поставщиком товаров для всех участников группы. Кроме того, у всех юридических лиц имелись общая инфраструктура и штат сотрудников, а также единое банковское обеспечение.

Рассмотрев материалы дела, первая инстанция отказала в удовлетворении иска как необоснованного. Арбитражный суд заключил, что действия заявителей на торгах свидетельствовали о наличии заранее оговоренного ими единообразного поведения в ходе электронных аукционов¹⁰.

Довод заявителей о передаче ими функций управления ООО «Ф» не нашел своего подтверждения материалами дела, в связи с чем правомерно признан судом первой инстанции несостоятельным.

Более того, только с 16.07.2018 (то есть после завершения оспариваемых торгов) все заявители вошли в состав одной группы лиц, которая находится под контролем одного лица, что подтверждается сведениями ЕГРЮЛ.

Определением Верховного Суда РФ от 23.07.2020 № 304-ЭС20-8555 ответчикам отказано в передаче кассационной жалобы, а также указано, что во время про-

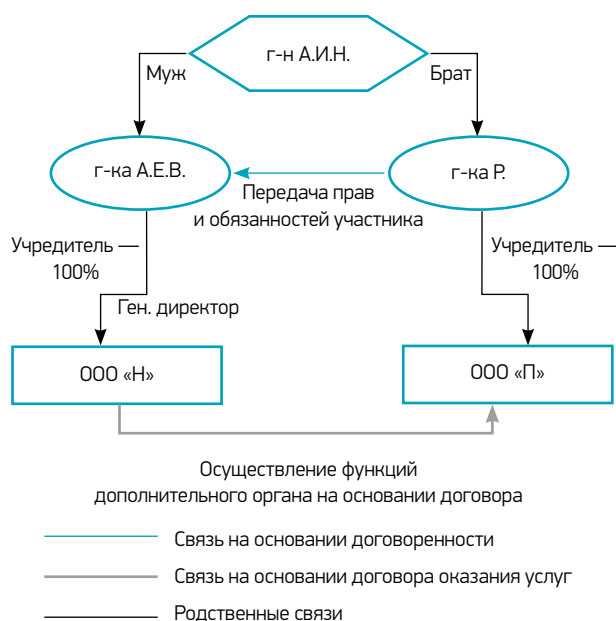


Рис. 1. Схема группы лиц компаний ООО «Н» и ООО «П»
 Figure 1. The scheme of the group of companies LLC "N" and LLC "P"

⁷ См.: Собрание законодательства РФ от 16 февраля 1998 г. № 7. Ст. 785.

⁸ См.: Определение Верховного Суда от 24.01.2019 по делу № А52-3855/2017.

⁹ См.: Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 02.09.2019 и другие судебные акты по делу № А45-30381/2018.

¹⁰ Фактическая аффилированность юрлиц не дает оснований для освобождения от ответственности за картель. URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/fakticheskaya-affilirovannost-yurlits-ne-daet-osnovaniy-dlya-osvobozhdeniya-ot-otvetstvennosti-za-kartel/> (Дата обращения: 16.09.2020).

ведения спорных аукционов условия о допустимости соглашений, установленные в ч. 7 и 8 ст. 11 Закона, на заявителей не распространялись¹¹.

В дополнение хочется отметить, что наличие родственных связей в качестве основания допустимости картеля внутри подконтрольной группы лиц до выхода разъяснений Президиума ФАС России № 16 встречалось даже в правоприменительной практике территориальных органов ФАС России.

Так, отменяя решение территориального органа, апелляционная коллегия ФАС России обращала внимание на необоснованность расширительного толкования категории «подконтрольности» с учетом закрытого перечня оснований, предусмотренных ч. 8 ст. 11 Закона¹².

Таким образом, позиция антимонопольного органа, а также судов высших инстанций сводится к тому, что родственные связи не являются основанием для признания такой группы лиц подконтрольной одному лицу, а следовательно, сговор внутри такой группы лиц будет признан недопустимым.

Договор доверительного управления, агентский договор, цепочка поставок. Дело № А21-4423/2016¹³

Решением Калининградского УФАС России хозяйствующие субъекты ООО «Б» и ООО «А» признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона. Основанием для такого вывода послужили следующие обстоятельства, изложенные в оспариваемом решении:

- поступление от ООО «Б» и ООО «А» одинаковых ценовых предложений (по одному от каждого) в ходе аукционов 1—3 (предложение ООО «Б» во всех случаях поступало первым);
- заключение ООО «Б» государственных контрактов по итогам аукционов по цене лишь на 0,5% ниже начальной (максимальной) цены контрактов;
- подача ООО «А» ценовых предложений после ООО «Б» в том же размере;
- подача ценовых предложений в двух случаях из трех с одного IP-адреса;
- совпадение места нахождения участников аукциона во время проведения аукциона и наличие у них одного и того же фактического и юридического адреса.

Не согласившись с указанным решением УФАС, ООО «Б» обратилось в арбитражный суд. Изучив материалы дела, суд пришел к следующим выводам.

1) Отсутствуют основания для признания ООО «Б» и ООО «А» конкурентами.

ООО «А» не приобретает товар на товарном рынке напрямую у производителей или у других организаций оптовой торговли лекарственными средствами, поскольку не имеет с ними прямых договоров. Единственным источником поступления товара для ООО «А» является ООО «Б».

Рассмотрев материалы дела и доводы сторон, суд не нашел оснований для признания участников конкурентами и привел следующие аргументы.

1. ООО «А» не совершало самостоятельных действий при участии в аукционах.

2. ООО «А» не имело возможности в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара.

Анализ данной цепочки поставок в действительности не указывает на отсутствие конкурентных отношений между ответчиками на товарном рынке, он указывает лишь на тот факт, что ООО «Б» легче конкурировать с ООО «А» на товарном рынке, по причине, вероятно, более низкой закупочной стоимости товара.

С точки зрения участия в закупках ООО «А» и ООО «Б» — конкуренты, т. к. подают заявки на участие в конкурентных формах закупок, предполагающих как минимум ценовое соперничество. Более того, результатом картельного сговора всегда становится отказ от самостоятельных действий (осуществляются действия, предусмотренные соглашением) для целей достижения последствий, перечисленных в п. 1—5 ч. 1 ст. 11 Закона.

Действия вышеперечисленных хозяйствующих субъектов квалифицированы по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона (сговор на торгах). При рассмотрении данной категории дел антимонопольным органом проводится анализ состояния конкуренции в особом порядке, в том числе в части установления конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами.

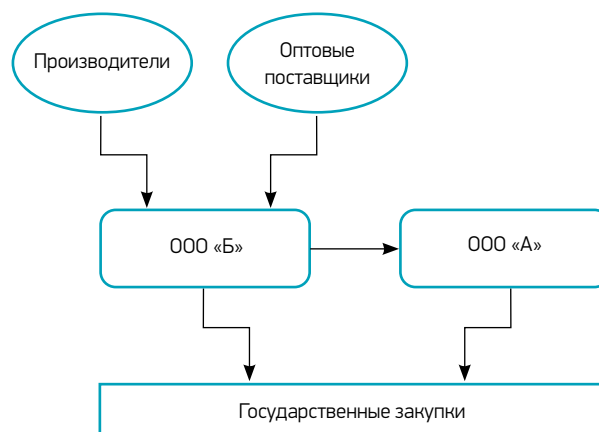


Рис. 2. Схема движения товара ООО «А» и ООО «Б»
Figure 2. The scheme of movement of goods LLC "A" and LLC "B"

¹¹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 23.07.2020 по делу № А45-30381/2018.

¹² Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 8 июня 2018 г. // <https://fas.gov.ru/documents/638634> (Дата обращения: 16.09.2020).

¹³ См.: Решение Арбитражного суда Калининградской области от 12.07.2016 и другие судебные акты по делу № А21-4423/2016.

Для того чтобы установить конкурентные отношения между компаниями, достаточно, чтобы они принимали совместное участие хотя бы в одной закупке¹⁴. Таким образом, при наличии достаточной доказательной базы антиконкурентного соглашения и факта совместного участия в закупочных процедурах такие компании могут быть признаны участниками картеля (с учетом наличия причинно-следственной связи между соглашением и последствиями¹⁵).

Более того, при рассмотрении дел данной категории не подлежит доказыванию наступление фактов ограничения конкуренции, как, например, при рассмотрении дел по ч. 4 ст. 11, ст. 16 Закона. Объяснение этому факту содержится в самой диспозиции ч. 1 ст. 11 Закона. Запрет на картели, приводящие к строго поименованным последствиям, носит безусловный характер и является так называемым запретом *“per se”*.

2) Договор доверительного управления и агентский договор могут указывать на наличие подконтрольной группы лиц.

Из положений заключенных между ООО «А» и ООО «Б» договоров следует, что ООО «Б» прямо определяет решения ООО «А» в процессе хозяйственной деятельности, в том числе прямо определяет решения ООО «А», принимаемые им при подготовке к участию и участию в торгах, и осуществляет полный контроль ООО «А».

Таким образом, полномочия ООО «Б» по контролю ООО «А», основанные на положениях указанных договоров, **по своему составу и правовому содержанию практически равнозначны осуществлению функций единоличного органа ООО «А»** и существенно превышают полномочия, обеспечивающие возможность одного юридического лица косвенно определять решения, принимаемые другим юридическим лицом.

Суды апелляционной и кассационной инстанций подтвердили доводы суда первой инстанции, а также добавили, что по смыслу ст. 11 Закона незаконное соглашение или картель безусловно должны быть направлены на получение преимуществ участвующими в таком соглашении лицами.

С этим утверждением также трудно согласиться, так как установление преимуществ, полученных в результате реализации антиконкурентного соглашения, не входит в предмет доказывания по данной категории дел.

Позиция ФАС России: разъяснения Президиума ФАС России № 16

В целях повышения единообразия правоприменительной практики при рассмотрении дел об антиконкурентных соглашениях ФАС России в 2019 г. разработаны и утверждены специальные разъяснения¹⁶.

В данных разъяснениях подчеркивается, что в целях установления допустимости антиконкурентных соглашений в соответствии с ч. 7 ст. 11 Закона антимонопольному органу **следует установить совокупность и одновременно выполнения следующих условий:**

- наличие признаков антиконкурентных соглашений, запрет на которые установлен ст. 11 Закона;
- нахождение хозяйствующих субъектов в группе лиц по одному из условий, предусмотренных ст. 9 Закона;
- установление контроля одним хозяйствующим субъектом в отношении другого либо наличие контроля со стороны одного лица.

Кроме того, в Разъяснениях закрепляется, что ч. 8 ст. 11 Закона установлен **закрытый перечень критериев отнесения** хозяйствующих субъектов к подконтрольной группе лиц, при соблюдении которых допускается заключение соглашения между хозяйствующими субъектами — конкурентами.

Таким образом, ч. 8 ст. 11 Закона является специальной нормой по отношению к ст. 9 Закона в части определения допустимости антиконкурентных соглашений, запрет на которые установлен ст. 11 Закона.

Учитывая вышеизложенное, стоит еще раз подчеркнуть, что в ч. 8 ст. 11 Закона закреплён **исчерпывающий перечень** критериев допустимости антиконкурентных соглашений, не подлежащий какому-либо расширительному толкованию.

Можно предположить, что после принятия указанных Разъяснений № 16 и ряда решений высших судов (например, определения ВС РФ от 24.01.2019 и 23.07.2020) правоприменительная и судебная практика по данной категории дел продолжит становиться более однородной и прогнозируемой. ■

¹⁴ Согласно приказу Федеральной антимонопольной службы от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»: «Определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах (с момента подачи заявки на участие в торгах) либо отказавшихся от участия в торгах в результате соглашения, но соответствующих требованиям к участникам торгов, которые предусмотрены документацией о торгах». Зарегистрировано в Минюсте России 02.08.2010 № 18026.

¹⁵ Разъяснение № 14 Президиума ФАС России «О квалификации соглашений хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 30.05.2018 № 7. Ист. <https://fas.gov.ru/documents/635642> (Дата обращения: 24.10.2020).

¹⁶ Разъяснения Президиума ФАС России № 16 «О применении ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 13.03.2019 № 2). Ист. <https://fas.gov.ru/documents/684870> (Дата обращения: 24.10.2020).

Литература [References]

1. Кинев А.Ю. Борьба со сговорами на торгах — путь к снижению расходов государства // Юрист. 2016. № 1. С. 4—19. [Kinyov A. Yu. Struggle against Collusive Tendering — a Way to decrease the State Expenditures // Jurist. 2016. № 1. P. 4—19 (In Russ.)]
2. Авдашева С.Б., Шаститко А.Е., Калмычкова Е.Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. Т. 11. 2007. № 3. С. 381—425. [Avdasheva S.B., Shastitko A.E., Kalmychkova E.N. The economic foundations of antitrust policy: Russian practice in the context of world experience // HSE Economic Journal. T. 11. 2007. No. 3. P. 381—425 (In Russ.)]
3. 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; ИД «Юриспруденция», 2016. [Tsarikovsky A.Yu. The fight against cartels as one of the ways to strengthen the national security of Russia // Competition in a market economy: the limits of freedom and restrictions: Monograph / Otv. ed. A.V. Gabov. M: Institute of Legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation; Publishing House "Jurisprudence", 2016 (In Russ.)]
4. Тенишев А.П., Бандурина Н.В. Картелизация как фактор снижения эффективности государственных расходов в сфере закупок // Вестник АКСОР. № 4 (40). 2016. С. 57—62. [Tenishev A.P., Bandurina N.V. Cartelization as a factor in reducing the efficiency of government spending in procurement // Vestnik AKSOR. No. 4 (40). 2016. P. 57—62 (In Russ.)]
5. Хамуков М.А. Практика выявления и пресечения запрещенных вертикальных соглашений // СПС КонсультантПлюс. 2016. [Khamukov M.A. The practice of identifying and suppressing prohibited vertical agreements // SPS ConsultantPlus. 2016 (In Russ.)]

Сведения об авторе

Щерба Тахир Эдуардович: кандидат наук, юрист группы специальных проектов VEGAS LEX, член Ассоциации антимонопольных экспертов
E-mail: tshcherba@vegaslex.ru

УДК 34
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-22-27>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав сквозь призму конституционных норм

Сайдашев Р.З.,
ФАС России,
Московский государственный
юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

Аннотация

В статье рассматривается вопрос о необходимости или отсутствии необходимости наличия в антимонопольном законодательстве Российской Федерации иммунитетов в отношении интеллектуальных прав. Данный вопрос исследуется в статье с точки зрения положений Конституции Российской Федерации, исходя из анализа соответствия антимонопольных иммунитетов основополагающим принципам законодательства РФ. В частности, автором рассмотрен вопрос о соотношении статей 8, 32 и 44 Конституции Российской Федерации, устанавливающих основы антимонопольного законодательства и законодательства об интеллектуальных правах. Также автором рассматривается вопрос сущностной природы антимонопольных иммунитетов в отношении интеллектуальных прав.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, антимонопольное регулирование, конкурентное право, интеллектуальная собственность, интеллектуальные права, антимонопольные иммунитеты.

Для цитирования: Сайдашев Р.З. Антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав сквозь призму конституционных норм // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 22—27. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-22-27>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Antitrust Immunities for Intellectual Rights Through the Lens of the Constitutional Norms

Renat Z. Saydashev,

FAS Russia,
Kutafin Moscow State Law
University,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

Article discusses the need or no need of antimonopoly immunities for intellectual rights in the antimonopoly legislation of the Russian Federation. This issue is investigated in the article from the point of view of the provisions of the Constitution of the Russian Federation, based on the analysis of the validity of the existence of antimonopoly immunities by the fundamental principles of the legislation of the Russian Federation. In particular, the author touches upon the issue of the relationship between 8, 32 and 44 articles of the Constitution of the Russian Federation, which establish the foundations of antimonopoly legislation and legislation on intellectual rights. The author also examines the issue of the essential nature of antitrust immunities in relation to intellectual rights.

Keywords: *Constitution, antimonopoly regulation, competition law, intellectual property, intellectual rights, antimonopoly immunities.*

For citation: Saydashev R.Z. Antitrust Immunities for intellectual rights through the lens of the constitutional norms // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 22–27, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-22-27>

The author declare no conflict of interest.

Уже довольно значительный период времени как в науке конкурентного права, так и на практике не утихают споры о необходимости или отсутствии необходимости антимонопольных иммунитетов в отношении интеллектуальных прав (ч. 4 ст. 10, ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», далее — Закон о защите конкуренции)¹.

При этом в настоящее время данный вопрос стоит особо остро в связи с тем, что мировая экономика претерпевает значительную трансформацию, связанную с выходом на первый план таких ресурсов, как информация (big data), технологии, интеллектуальная собственность, если не сказать, что экономика уже трансформировалась в «цифровую».

Вместе с указанными изменениями меняется и антимонопольное регулирование, вводятся новые методы (приемы и способы) эффективной защиты и развития конкуренции, но вопрос антимонопольных иммунитетов в отношении интеллектуальных прав так и не разрешен.

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006, № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Нужно ли что-то менять в рамках общей тенденции реформирования антимонопольного регулирования под реалии «цифровой экономики», или антимонопольные иммунитеты должны быть ее неотъемлемой частью.

На данную тему написано множество различных научных работ и высказано огромное количество мнений (например, см. [1, 2]), но однозначный ответ пока так и не найден.

Сторонники сохранения антимонопольных иммунитетов отмечают, что регулирование отношений в сфере интеллектуальных прав предусматривает систему мер, направленных на предотвращение злоупотреблений правообладателями своим особым положением. К числу таких мер относятся: срочный характер охраны исключительных прав; перечень видов объектов, которым по тем или иным причинам не предоставляется охрана; различные виды принудительных и законных лицензий; возможность досрочного прекращения прав на некоторые виды интеллектуальной собственности; случаи свободного использования (вводимые, как правило, в целях защиты общественных интересов), установленные в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ)². Все это в большой степени исключает необходимость и возможность применения в этой сфере антимонопольного законодательства [3].

Необходимость снятия «антимонопольных иммунитетов» обычно обосновывается, во-первых, ссылками на актуальный зарубежный опыт (США, Япония, ЕС), во-вторых, утверждениями о том, что действия обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации могут приводить к злоупотреблению правами. Указывается также на необоснованность конкурентных преимуществ, приобретаемых обладателями исключительных прав, и отсутствие эффективных механизмов судебного контроля с использованием гражданско-правовых методов за нарушениями в данной сфере. Конкуренция как безусловное благо, защищаемое Конституцией Российской Федерации (далее — Конституция)³ (ст. 8), при этом провозглашается основным защищаемым объектом. То есть, по сути, отдается приоритет публичным интересам перед частным [4].

Так или иначе, в настоящее время такие иммунитеты существуют, и, пожалуй, это именно тот случай, когда решение проблемы требует возвращения к основополагающим началам, принципам и общим ориентирам правового регулирования, которые содержит в себе Конституция Российской Федерации.

Правовые основы защиты конкуренции закреплены в ст. 8 и 34 Конституции. Так, согласно ч. 1 ст. 8 Конституции гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

Исходя из ч. 2 ст. 34 Конституции, не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Основы правовой охраны интеллектуальной собственности закреплены в Конституции. Так, в соответствии с п. 1 ст. 44 Конституции каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом.

Таким образом, Конституция в равной степени провозглашает как защиту конкуренции, так и защиту интеллектуальных прав. Соответственно, в продолжение указанных положений Конституции правовое регулирование защиты и развития конкуренции закреплено в Законе о защите конкуренции, тогда как защита интеллектуальных прав в первую очередь обеспечивается положениями ч. 4 ГК РФ.

Возникает вопрос: почему в нормативном правовом акте, развивающем положения Конституции о необходимости поддержки конкуренции, содержатся антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав, и не является ли это в определенной степени ограничением конституционных прав, закрепленных в ст. 8 и 34 Конституции. При поверхностном анализе приведенных норм может сложиться впечатление, что антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав не только не ограничивают конкуренцию, но и, напротив, являются фактором ее развития. Действительно, конкуренция способствует развитию инноваций, как, например, способу снижения издержек, а интеллектуальные права являются неотъемлемой частью инноваций, но является ли это действительным поводом для исключения действия отдельных положений Закона о защите конкуренции на отношения по использованию исключительных прав?

Вышеизложенное требует детального анализа с точки зрения сущностного назначения защиты интеллектуальных прав.

Права на интеллектуальную собственность, закрепленные в ч. 4 ГК РФ, в некотором смысле направлены на ее уравнивание с собственностью материальной. По сути материальным объектом реально может пользоваться только то лицо, которое непосредственно им владеет физически (как правило, одно лицо), тогда как интеллектуальной собственностью зачастую могут пользоваться все те, кто обладают определенным знанием

² Гражданский кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 05.12.1994, № 32. Ст. 3301.

³ Конституция Российской Федерации. <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007040001>.

(формула), копией (произведение) и т. п. Вместе с тем благодаря интеллектуальным правам, лица, обладающие данными правами, могут чувствовать себя «равными» по отношению к лицам, обладающим правами на материальную собственность.

Основным правом на интеллектуальную собственность является исключительное право. Согласно п. 1 ст. 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (ст. 1233), если ГК РФ не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Необходимо также обратить внимание на Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22.04.2004 № 171-О⁴ и Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20.12.2001 № 287-О⁵, исходя из которых запрещение законным правообладателем использования товарного знака другими лицами, направленное на реализацию ст. 44 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, ограничивает права хозяйствующих субъектов, закрепленные в статье 34 Конституции Российской Федерации в той мере, в какой согласно ее ст. 55 (ч. 3) это необходимо в целях защиты здоровья, прав и законных интересов других лиц.

В указанных Определениях Конституционный Суд Российской Федерации подчеркивал сущностное значение положений ст. 44 Конституции, выраженное в наличии у правообладателя исключительного права, отмечая наличие у правообладателя незапрещенной легальной монополии.

При этом антимонопольное регулирование, в частности положения Закона о защите конкуренции не содержат в себе запретов на тот или иной вид монополии, но содержат в себе запреты в отношении действий (бездействий) влекущих ограничение конкуренции. Вместе с тем в виду природного неравенства материаль-

ной собственности и интеллектуальной собственности, а также особого значения интеллектуальных прав, как конкурентного инструмента, были установлены антимонопольные иммунитеты в отношении использования интеллектуальных прав.

Вместе с тем следует отметить, что положения ч. 3 ст. 55 Конституции о возможности ограничения прав и свобод человека и гражданина в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, могут и должны применяться также в целях защиты сущностного значения положений ст. 8 и 34 Конституции, которое выражено в запрете монополистической деятельности, недобросовестной конкуренции, а также необходимости развития конкуренции.

Кроме того, в условиях конкуренции хозяйствующие субъекты для ведения эффективной предпринимательской деятельности вынуждены постоянно вводить нововведения в процесс осуществления хозяйственной деятельности. Причем, как правило, такие нововведения выражаются именно в результатах интеллектуальной деятельности (РИД). То есть по сути именно конкуренция в определенном смысле является побудителем возникновения РИД. Учитывая изложенное, ограничение конкуренции путем введения антимонопольных иммунитетов, на мой взгляд, не столько защищает РИД, сколько может причинить ущерб правообладателю [5].

Так, антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав, по моему мнению, являются фактором, напрямую способствующим ограничению конкуренции, используемым недобросовестными с точки зрения обычаев делового оборота хозяйствующими субъектами, которые за частую пытаются выдать за отношения по использованию интеллектуальных прав иные схожие правоотношения.

Вместе с тем сущностное значение положений ст. 44 Конституции в должной мере обеспечивается механизмами защиты интеллектуальной собственности, предусмотренными в ч. 4 ГК РФ.

Так, например, можно смоделировать два теоретических примера ведения предпринимательской деятельности.

Допустим, компания «А» производит детали для машин, используемых в агропромышленном комплексе, а компания «Б» создает программы для ЭВМ, используемые в тех же самых машинах агропромышленного комплекса.

Предположим, что компания «А» и компания «Б» являются монополистами на товарных рынках по продаже своей продукции. Вместе с тем благодаря антимонопольным иммунитетам компания «Б», в отличие от ком-

⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22.04.2004 № 171-О. <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32822.pdf>. (Дата обращения: 10.11.2020).

⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20.12.2001 № 287-О. <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision33859.pdf>. (Дата обращения: 10.11.2020).

пании «А», имеет право в том числе на следующие действия (бездействие):

- 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- 3) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;
- 4) экономически или технологически не обоснованное сокращение или прекращение производства товара;
- 5) экономически или технологически не обоснованный отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками);
- 6) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен на один и тот же товар;
- 7) создание дискриминационных условий;
- 8) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

На данном примере (естественно, конечно, не учитывая большое количество нюансов и не являемся абсолютно объективным) явно видно, что антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав не только не являются дополнительным институтом уравнивания прав лиц, обладающих интеллектуальной собственностью и материальной собственностью, но и, напротив, дают лицу, обладающему интеллектуальными правами, дополнительные преимущества.

Кроме того, в случае если бы компания «А» и компания «Б» действовали на одном товарном рынке по производству и продаже деталей для машин, используемых в агропромышленном комплексе, и при этом компания «Б» параллельно заключала бы лицензионные договоры на использование программ для этих же машин на условии обязательного приобретения контрагентом вышеуказанных деталей (в связи с невозможностью работы программы с иными деталями), то такие действия могли бы привести к дальнейшему отказу компании «А» от деятельности на товарном рынке по продаже указанных деталей (вышеуказанное — один из вариантов развития событий, не учитывающий большого количества нюансов).

Как отмечал С. А. Пузыревский, в том числе в своем докладе на Пленарном заседании «Цифровая экономика и конкурентная политика» III Международной научно-практической Конференции «Антимонопольная политика: наука, практика, образование», проходившем 6 декабря в Инновационном центре «Сколково», суще-

ствующие механизмы охраны интеллектуальной собственности, предусмотренные в ч. 4 ГК РФ, можно считать эффективными и самодостаточными⁶.

Выводы

По мнению автора, положения ст. 8, 34 Конституции РФ не противоречат положениям ст. 44. Кроме того, антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав в рамках «цифровой экономики» не только не развивают положения последней, но и подвергают риску обеспечение действия основополагающих конституционных принципов, закрепленных в ст. 8 и 34 Конституции РФ.

На основании изложенного, на мой взгляд, антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальных прав, содержащиеся в ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции, являются избыточными, а в условиях «цифровой экономики» способны нанести существенный вред экономическим интересам государства, не повышая должным образом эффективность защиты интеллектуальных прав, но создавая предпосылки для ограничения конкуренции недобропорядочными хозяйствующими субъектами. ■

Литература [References]

1. Иванов А.Ю. Мифы о легальной монополии, или Сказ о том, почему в России не развиваются инновации при упорной охране интеллектуальной собственности // Закон. 2020. № 2. С. 86—102. [Ivanov A.Yu. Myths of legal monopoly, or why russia doesn't innovate despite a relentless intellectual property protection regime // Zakon. 2020. № 2. P. 86—102 (In Russ.)]
2. Ворожевич А.С. Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 55—71. [Vorozhevich A.S. Antimonopoly immunities for intellectual property in russia in relation to digital economy: abolish or preserve? // Journal of the Intellectual Rights Court. 2018. № 19. P. 55—72 (In Russ.)]
3. Павлова Е., Калятин В., Суспицына М. Гражданско-правовое и антимонопольное регулирова-

⁶ В данной статье приведено понимание автором позиции С. А. Пузыревского, высказанной на различных публичных мероприятиях. См. например: <https://fas.gov.ru/p/contents/2442> (Дата обращения: 10.11.2020); <https://fas.gov.ru/news/24726/> (Дата обращения: 10.11.2020).

ние исключительных прав: инструмент на выбор? // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 50—60. [Pavlova E., Kalyatin V., Suspitsyna M. Civil-legal and antitrust regulation of exclusive rights: an instrument for choice? // Competition and law. 2013. № 4. P. 50—60 (In Russ.)]

4. Акифьева А.А. Отмена «антимонопольных иммунитетов» для интеллектуальной собственности: за и против // Конкуренция и право. 2016. № 4. С. 36—39. [Akifeva A.A. Cancellation of "antitrust immunities" for intellectual property: pros and cons // Competition and Law. 2016. №. 4. P. 36—39 (In Russ.)]
5. Особенности защиты конкуренции в сфере отношений по поводу интеллектуальной собственности / Под ред. А.Е. Шашитко, А.А. Курдина. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2016., 302 с. [Features of

protection of competition in the field of relations on intellectual property / Ed. A.E. Shastitko, A.A. Kurdin. M.: Publisher- house "Delo" RANEPА, 2016., 302 p. (In Russ.)]

Сведения об авторе

Сайдашев Ренат Захитович: аспирант кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), начальник отдела административной апелляции и методологии Правового управления Федеральной антимонопольной службы

Контактная информация

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
E-mail: saydashev@fas.gov.ru

УДК 346.546.7
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-28-35>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией

Винчковский Е.В.,

Адвокатское бюро
«Инфралекс»,
123112, Россия, г. Москва,
Пресненская набережная,
д. 8, стр. 1

Аннотация

В статье проведен анализ понятия «осуществление сделки», подлежащей государственному контролю за экономической концентрацией. Поставлены вопросы о соотношении указанного термина с такими правовыми конструкциями, как заключение договора, исполнение обязательства, совершение распорядительной сделки. По результатам рассмотрения различных видов сделок критически оценивается ведомственный подход в понимании осуществления сделки как исполнения обязательства. Сделаны выводы о необходимости выработки дифференцированного подхода, позволяющего снизить административные риски хозяйствующих субъектов.

Ключевые слова: экономическая концентрация, осуществление сделки, исполнение обязательства, предварительное согласие, переход права собственности.

Для цитирования: Винчковский Е.В. О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 28—35. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-28-35>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

On the Concept of “Execution of a Contract” Within the Framework of State Control over Economic Concentration

Egor V. Vinchkovskiy,

Infralex Law Office,
Presnenskaya embankment, 8,
bldg 1, Moscow, 123112, Russia

Abstract

The article analyzes the concept of “execution of a contract” subject to state control over economic concentration. Questions were raised about the relationship of this term with such legal constructions as the conclusion of an agreement, the fulfillment of an obligation, and the execution of an order. Based on the results of considering various types of contracts, the departmental approach in understanding the execution of a contract as the fulfillment of an obligation is critically assessed. Conclusions are made about the need to develop a differentiated approach to reduce the administrative risks of business entities.

Keywords: *economic concentration, execution of a contract, fulfillment of an obligation, prior consent, transfer of ownership.*

For citation: Vinchkovskiy E.V. On the concept of “execution of a contract” within the framework of state control over economic concentration // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 28–35, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-28-35>

The author declare no conflict of interest.

Государственный контроль за экономической концентрацией представляет собой самостоятельный инструмент защиты конкуренции, обладающий значительной спецификой нормативно-правового регулирования. Данная специфика не только проявляется в своем узком антимонопольном смысле, но создает и совершенно иные трактовки классических гражданско-правовых понятий. Одним из таких понятий является термин «сделка», некоторые правовые аспекты которой нашли иное отражение в конкурентных отношениях.

Глава 7 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ (далее — Закон о защите конкуренции) закрепляет порядок представления в антимонопольный орган ходатайства о даче согласия на осуществление сделки или уведомления об осуществлении сделки. Нарушение указанного порядка, включая нарушения сроков подачи указанных документов, создает для хозяйствующих субъектов как последствия в виде привлечения к административной ответственности (ч. 3 ст. 19.8 КоАП РФ), так и риски признания сделок недействительными и принудительной реорганизации (ликвидации) вновь созданных юридических лиц (ст. 34 Закона о защите конкуренции). С учетом изложенного, особого внимания требует понимание термина «осуществление сделки» в конкурентном праве и, в частности, момента ее осуществления, который непосредственно взаимосвязан с возникновением обязанности хозяйствующего субъекта представить ходатайство или уведомление.

¹ См.: Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Термин «осуществление сделки», используемый в Законе о защите конкуренции, сам по себе не характерен для гражданского права. Устойчивыми формулировками Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее — ГК РФ) являются термины «осуществление права» (например, ст. 1, 9, 10 ГК РФ) и «совершение сделки» (например, ст. 154, 155, 157—161 ГК РФ). Юридический симбиоз указанных понятий в конкурентном праве в виде «осуществления сделки», безусловно, нарушает принцип правовой определенности. В данном контексте «осуществление сделки» может содержать совершенно различные смыслы как «совершение сделки», «исполнение обязательства», «заключение договора» и т. п., при этом каждый новый термин имеет собственное нормативное поле, непосредственно влияющее на возникновение и исполнение обязанностей хозяйствующего субъекта в рамках института государственного контроля за экономической концентрацией.

В качестве попытки определить однозначный смысл указанного понятия в разъяснениях ФАС России от 29.04.2009 под моментом осуществления сделки понимается фактический переход прав на имущество. В зависимости от конкретных условий сделки указанным моментом могут быть признаны внесение записи в единый государственный реестр юридических лиц, внесение приходной записи по счету депо, регистрация права собственности, подписание акта приема [1]³.

Наиболее вероятно, что, исходя из текста разъяснений, под «осуществлением сделки» антимонопольный орган понимает исполнение обязательства, так как фактический переход прав на имущество осуществляется посредством реализации кредитором и должником своих прав и обязанностей по договору. Такое понимание исполнения является типичным как для судебной практики⁴, так и для правовой доктрины [2]. Отметим также, что несмотря на наличие ряда научных работ о сделках экономической концентрации, в предмет указанных исследований не входило самостоятельное рассмотрение вопросов момента осуществления сделки [3—5].

По нашему мнению, ведомственное определение «осуществления сделки» как исполнения имеет ряд про-

тиворечий с действующим законодательством, судебной практикой, а также не может быть признано универсальным для различных видов сделок.

Во-первых, косвенно законодатель сам указывает на то, что под осуществлением сделки следует понимать ее совершение, а не исполнение. В п. 3 ч. 1 ст. 32 Закона о защите конкуренции закреплено: «В антимонопольный орган в качестве заявителей обращаются лица, приобретающие акции (доли), имущество, активы хозяйствующих субъектов, права в отношении хозяйствующих субъектов в результате совершения сделок, предусмотренных ст. 28 и 29 Закона о защите конкуренции». В свою очередь, необходимым элементом совершения сделки является только наличие волеизъявления, и лишь факультативными элементами в зависимости от условий конкретной сделки могут быть получение согласия, проведение торгов, отлагательное условие, передача вещи и т. п. [6].

Особо отметим, что узкоотраслевое нормативное регулирование государственного контроля за экономической концентрацией еще более ярко намекает правоприменителю о необходимости понимания рассматриваемых формулировок в качестве совершения сделок, в частности, данная терминология использована в п. 5, 6 и 11 Правил осуществления государственного контроля за экономической концентрацией в области использования водных объектов, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 08.04.2009 № 314⁵. Более того, сама ФАС России иногда допускает использование понятия «совершение сделки» вместо «осуществления», например, такие формулировки встречаются в блок-схеме № 4 приложения № 2 Приказа ФАС России от 25.05.2012 № 345 «Об утверждении административного регламента по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией»⁶.

Во-вторых, обращаясь к судебной практике, мы также можем найти подтверждение того, что осуществление сделки в контексте антимонопольного законодательства

² См.: Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32. Ст. 3301.

³ См.: Разъяснения ФАС России относительно момента осуществления сделки от 29.04.2009. URL: <https://fas.gov.ru/documents/575866> (Дата обращения: 25.06.2020).

⁴ Например, см.: п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Российская газета, № 109, 21.05.2010; п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» // Вестник ВАС РФ, № 1, январь, 2012.

⁵ Правила осуществления государственного контроля за экономической концентрацией в области использования водных объектов, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 08.04.2009 № 314 // Собрание законодательства РФ, 13.04.2009, № 15. Ст. 1843.

⁶ Административный регламент ФАС России по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией, утвержденный Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 345 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 8, 25.02.2013.

О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией

понимается как совершение сделки, моментом которого является заключение договора. Например, в Определении Верховного Суда РФ от 08.10.2018 № 305-АД18-15110 указано: «Суды верно исчислили срок привлечения к административной ответственности со дня совершения правонарушения, определив его днем заключения договора купли-продажи ценных бумаг, которому должно было предшествовать соответствующее согласие антимонопольного органа о совершении сделки»⁷; в Определении Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 28.07.2014 № ВАС-9625/14: «Договор купли-продажи акций общества заключен 18.05.2012, а оспариваемое постановление антимонопольного органа принято 04.06.2013, то есть за пределами срока давности, установленного ст. 4.5 КоАП РФ»⁸; в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 25.06.2012 № Ф03-2445/2012: «Обоснованно не принята апелляционным судом ссылка заявителя жалобы на неполучение имущества, подлежащего передаче по договорам аренды, поскольку направление ходатайства о получении предварительного согласия антимонопольного органа должно предшествовать заключению соответствующих договоров»⁹. Исходя из проведенного автором анализа судебной практики, позиция о том, что под «осуществлением сделки» в конкурентном праве понимается ее исполнение, в мотивировках высших судебных инстанций не нашла своего подтверждения¹⁰.

⁷ Определение Верховного Суда РФ от 08.10.2018 № 305-АД18-15110 по делу № А40-151859/2017. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/945c5b93-53cb-4739-8866-d897558771e2> (Дата обращения: 25.06.2020).

Отметим, что при подготовке настоящей статьи Верховный суд РФ изменил свою правовую позицию, см.: Определение Верховного Суда РФ от 29.09.2020 № 305-ЭС20-4034 по делу № А40-45414/2019. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/2746f229-c3ae-490b-ac40-e4c14760a5ef> (Дата обращения: 10.10.2020).

⁸ Определение Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 28.07.2014 № ВАС-9625/14 по делу № А40-92557/2013. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/a59b7d1e-1271-44fd-a56a-3fb5d4a7fb40> (Дата обращения: 25.06.2020).

⁹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 25.06.2012 № Ф03-2445/2012 по делу № А37-24/2011. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/e7adb2f-0682-4e36-a99d-8905821cde96> (Дата обращения: 25.06.2020).

¹⁰ Интересным с точки зрения социологии права является тот факт, что большинство судебных актов, подтверждающих ведомственный антимонопольный подход, приняты в Северо-Западном арбитражном округе, см.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.03.2010 по делу № А56-24371/2009. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/679f7f09-3bc3-478c-a8f6-efa9110ccedb> (Дата обращения: 25.06.2020); Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.10.2009 по делу № А56-5745/2009. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/e6dd8d7f-b324-4074-8c7f-7bcf2f166a46> (Дата обращения: 25.06.2020); Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.06.2009 по делу № А56-34358/2008. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/f1c3a98c-30f2-4fb4-9acd-07d617d03614> (Дата обращения: 25.06.2020).

В-третьих, разрыв во времени между моментом заключения договора и исполнением обязательства может существенно изменить правовой режим самой сделки, правовой статус контрагентов и тем самым породить дополнительные предпринимательские риски для сторон по договору. Например, хозяйствующий субъект на момент совершения сделки не подпадает под критерии государственного контроля за экономической концентрацией, при этом на момент исполнения договора его суммарная выручка или суммарная стоимость активов превысила необходимое пороговое значение, — требуется ли указанному хозяйствующему субъекту получение согласия антимонопольного органа? Учитывая разъяснения ФАС России от 29.04.2009, очевидно, что требуется. С другой стороны, хозяйствующий субъект, возможно, хотел сохранить приватность сделки или просто опасается рисков повышенного внимания контрольных органов, и, если бы он предвидел на момент заключения договора наступление указанных последствий, сделка бы никогда не состоялась.

Второе вероятное толкование разъяснений ФАС России от 29.04.2009 заключается в том, что сам термин «сделка» в гл. 7 Закона о защите конкуренции является не обязательственным, а лишь распорядительным¹¹. Подобные правовые конструкции образования фактического состава сделки известны российскому праву, например, при необходимости получения нотариального удостоверения сделки об отчуждении доли в обществе с ограниченной ответственностью (п. 11 ст. 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Данная норма разделяет договор, создающий обязательство по купле-продаже долей, и сделку, направленную на отчуждение самой доли.

Если объектом государственного контроля за экономической концентрацией являются распорядительные сделки, то и ходатайство должно быть подано о получении согласия именно на распорядительную, а не обязательственную сделку. Правда, подобное толкование, по сути, опровергало бы сложившуюся административную и судебную практику. Кроме того, если «разбивать» фактический состав договора на отдельные «сделочные» элементы, то мы можем ставить все новые и новые вопросы о понимании сделки в контексте гл. 7 Закона о защите

¹¹ О характере распорядительных сделок см.: п. 17 Информационного письма ВАС РФ от 31.05.2000 № 52 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с применением законодательства о валютном регулировании и валютном контроле» // Вестник ВАС РФ, № 7, 2000; п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений гл. 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» // Российская газета, № 297, 29.12.2017.

конкуренции и потребности в получении согласия антимонопольного органа, например, на проведение торгов в целях заключения договора.

Впрочем, стоит отметить, что определенные положительные моменты такого понимания сделки все же могли бы иметь место, например, в случае совершения распорядительной сделки без согласия антимонопольного органа. Подобное могло бы повлечь не оспоримость всего договора между хозяйствующими субъектами, а только конкретной сделки по передаче вещи, не подрывая все ранее установленные договорные отношения, в том числе исполненные обязательства, не связанные с переходом прав на имущество.

В свою очередь, рассматривая частные примеры того, что понимается антимонопольным органом под термином «осуществление сделки» в разъяснениях от 29.04.2009 (внесение приходной записи по счету депо, регистрация права собственности, подписание акта приемки и т. д.), следует поставить вопрос об универсальности такого подхода с точки зрения возможности применения к целому ряду сделок. Рассмотрим некоторые возможные примеры.

Сделки по обеспечению исполнения обязательств.

Приобретение акций, долей и иного имущества вероятным образом может наступить не в рамках надлежащего исполнения договорных обязательств между кредитором и должником, а как раз наоборот — в рамках ненадлежащего исполнения при наличии обеспечительных обязательств. Подобные юридические ситуации могут проявляться при различных фактических обстоятельствах, например, надлежащее исполнение договора обеспечивается залогом голосующих акций, при этом кредитор и должник соответствуют всем необходимым качественным и количественным критериям осуществления антимонопольного контроля за экономической концентрацией. Другим возможным вариантом является ситуация поручительства, когда сторона обеспеченного обязательства не осуществила передачу прав на акции, а поручитель, в свою очередь, предложил кредитору собственные акции взамен исполнения должника (и поручитель также подпадает под критерии гл. 7 Закона о защите конкуренции). Сама возможность неденежного предоставления обеспечения поручителем отражена в п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»¹².

Как в подобных ситуациях применить разъяснения ФАС России от 29.04.2009? Например, стороны в момент заключения договора подписали соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет за-

лога с оставлением предмета залога за кредитором. Очевидным образом, что переход прав на имущество произойдет до получения согласия антимонопольного органа. Невозможность предвидеть будущее ненадлежащее исполнение договорных обязательств и, как следствие, «созревание» обеспечения по сделке делает невозможным толкование «осуществления сделки» в качестве ее исполнения.

Сделки, требующие государственной регистрации.

В случаях, указанных в законе, требуется государственная регистрация самой сделки, а не права, переходящего по ней (ст. 164 ГК РФ). Наиболее распространенным примером является заключение договора аренды на срок не менее года (п. 2 ст. 651 ГК РФ). В рамках процедуры государственной регистрации сделки проводится правовая экспертиза законности сделки и соответствия представленных документов требованиям действующего законодательства. В свою очередь, выявленные несоответствия могут являться основаниями как приостановления, так и отказа в государственной регистрации (ст. 26, 27 и 29 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»). В рамках рассмотренных автором судебных споров непредставление предварительного согласия антимонопольного органа на совершение сделки является основанием приостановления и последующего отказа в государственной регистрации сделки (Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.04.2016 № Ф06-7127/2016)¹³. Таким образом, при осуществлении государственной регистрации сделки РосРеестр требует в пакете документов согласия антимонопольного органа на момент заключения договора, а не в момент исполнения обязательств (передачи прав на имущество)¹⁴.

Сделки с изменением статуса передаваемого права. В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляются сделки по получению в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта. Например, стороны заключают договор аренды, предусматривающий, что арендованное имущество переходит в собственность арендатора до истечения срока аренды при условии внесения аренда-

¹² Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Экономика и жизнь, № 34, 31.08.2012.

¹³ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.04.2016 № Ф06-7127/2016 по делу № А06-5050/2015. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/2b1372ba-cf01-4c82-a24b-80fb88b6be68> (Дата обращения: 25.06.2020).

¹⁴ Более того, если связывать момент возникновения обязанности получения согласия антимонопольного органа с моментом государственной регистрации, то в ряде случаев факт государственной регистрации может и вовсе не наступить по воле сторон, опираясь на положения п. 3 ст. 433 ГК РФ.

О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией

тором всей обусловленной договором выкупной цены (ст. 624 ГК РФ), или договор выкупного лизинга (ст. 19 Федерального закона от 29.10.1998 № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»). В подобных договорных отношениях стороны получают в момент начала исполнения обязательства права владения и пользования, а в момент окончания исполнения право собственности.

Если исходить из логики ФАС России, предварительного согласия на осуществление сделки требует именно переход прав на имущество. В указанных примерах осуществляется два перехода различных по своей правовой природе прав, но оба подпадающие под государственный контроль за экономической концентрацией. Требуется ли хозяйствующему субъекту получение двух различных согласий антимонопольного органа на каждую передачу прав на имущество? Очевидно, что законодатель при формулировке данного пункта закона не вкладывал подобного смысла и обязанность получения согласия возникает одновременно в момент заключения договора.

Кроме того, возможны ситуации, связанные не только с трансформацией права, но и с конвертацией объекта. Например, хозяйствующие субъекты заключают договор купли-продажи облигаций, конвертируемых в обыкновенные акции акционерного общества. В какой момент возникает обязанность получения предварительного согласия антимонопольного органа на сделку — в момент заключения договора, в момент передачи прав на облигации или в момент конвертации облигаций в обыкновенные акции? Исходя из разъяснений ФАС России от 29.04.2009, получение согласия требуется в момент перехода прав, но переход прав осуществляется в отношении ценных бумаг, непоименованных в Законе о защите конкуренции. Если же рассматривать момент конвертации, то сама конвертация не является сделкой по приобретению, а лишь отражает полномочия собственника независимо от ранее совершенного договора. Правда, мы должны признать, что и в момент заключения договора не возникает обязанность по получению согласия по тем же самым основаниям. Подобная ситуация требует дальнейшей законодательной или доктринальной проработки.

Сделки с ретроактивной оговоркой. Нередки случаи, когда одна или обе стороны могут начать исполнение до формального заключения договора, например, в связи с длительным процессом внутрикорпоративных согласований при сжатых сроках самого исполнения [7, с. 853]. В подобных обстоятельствах стороны вправе заключить последующий договор с ретроактивной оговоркой, которая позволяет «легализовать» период внедоговорного использования¹⁵. С большой долей вероятности

45-дневный срок представления уведомления об осуществлении сделки (в понимании ФАС России) в таких условиях истечет раньше, чем сделка обретет свою договорную форму.

Здесь можно возразить, что раз исполнение фактическое состоялось, то стороны уже нарушили антимонопольное законодательство. По нашему мнению, это необязательно, например, если требуется не предварительное согласие, а последующее уведомление. Если моментом возникновения обязанности по направлению такого уведомления считать фактическое исполнение (передача имущества во владение и пользование), то 45-дневный срок направления уведомления с большой вероятностью будет нарушен. Если моментом возникновения обязанности считается момент заключения договора, то для сторон отсутствуют риски привлечения к административной ответственности.

Сделки с исполнением по частям. Приобретение акций, долей или иного имущества может осуществляться сторонами договора отдельными траншами, например, когда в течение календарного года сторона по сделке до первого числа месяца обязана передать права на указанный объем исполнения. Исходя из разъяснений от 29.04.2009, хозяйствующий субъект должен получить предварительное согласие на сделку в момент осуществления первого транша, или в момент, когда количество передаваемых акций достигнет порогового значения в 25% голосующих акций, или в момент передачи прав на имущество, «закрывая» сделку? Наиболее вероятным является второй вариант, но при этом ни Закон о защите конкуренции, ни разъяснения не дают прямого ответа на данный вопрос.

Указанные возражения в полной мере относятся и к договорам с различными опциями исполнения, например, сторона имеет право по договору самостоятельно решить, какое количество акций она в конечном итоге приобретет, при этом в момент заключения договора стороны договорились лишь о максимальном объеме такого исполнения. Как в подобном опциональном договоре следует получать согласие антимонопольного органа, если осуществление сделки приравнивается к ее исполнению? Можно сказать, что сторона всегда знает заранее, составит ли приобретаемый объем количественное условие для получения согласия антимонопольного органа, и поэтому всегда имеет возможность его получения до момента исполнения. В то же время выбор объема исполнения, как правило, связан с конкретными корпоративными и коммерческими интересами и условиями, которые могут требовать максимально быстрого реагирования на их изменения при отсутствии возможности ждать длительного антимонопольного согласования. Было бы странным отказывать сторонам в возможности уменьшения предпринимательских рисков путем подачи ходатайства на стадии заключения договора.

¹⁵ Например, см.: Определение КЭС ВС РФ от 10.12.2015 № 304-ЭС15-9172. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/dd8ff8c2-5133-4169-a023-81ca5972a7a5> (Дата обращения: 25.06.2020).

Сделки по приобретению акций или долей участников. В ряде случаев на практике могут возникнуть варианты сделок купли-продажи акций (долей), для которых толкование термина «осуществление сделки» как ее исполнения представляется невозможным или, как минимум, трудно выполнимым. Например, стороны заключают сделку купли-продажи, условием передачи прав по которой является факт полной оплаты приобретаемых акций, при этом покупатель до момента передачи права собственности желает участвовать в корпоративном управлении. В таком случае продавец может выдать представителю покупателя доверенность на осуществление корпоративных прав по акциям, в том числе с правом голосовать на общем собрании акционеров.

В соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляются сделки по приобретению лицом в результате одной или нескольких сделок (в том числе на основании договора доверительного управления имуществом, договора о совместной деятельности или договора поручения) прав, позволяющих определять условия предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа. Безусловно, при заключении договора о покупке мажоритарного пакета акций покупатель через своего представителя по доверенности, выданной продавцом, может определять условия предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта до момента передачи прав с учетом «сделочной» природы доверенности.

В то же время само приобретение акций является самостоятельным основанием возникновения обязанности по получению предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделки (п. 1 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции). При определении момента осуществления сделки как перехода прав на имущество нам бы потребовалось получить согласие до момента направления передаточного распоряжения. По нашему мнению, такой подход был бы неверным, так как покупатель уже с момента заключения договора осуществляет корпоративное управление и определяет условия предпринимательской деятельности.

Стоит сказать, что рассмотренные автором статьи частные случаи являются лишь примерами того, что понимание термина «осуществление сделки» как ее исполнения может создать правовую неопределенность в применении конкурентных и административных норм, а также повлечь дополнительные предпринимательские риски для хозяйствующих субъектов. До момента передачи прав на имущество сам договор «запускает» множество возможных правовых последствий для сторон, начиная с внесения первого платежа, заканчивая

обязательством по обмену бухгалтерской отчетности. Более того, сам Закон о защите конкуренции связывает институт государственного контроля за экономической концентрацией именно со сделкой, а не с правом. Если рассматривать данный механизм не с точки зрения публично-правовой функции защиты конкуренции, а с точки зрения частных интересов, то получение согласия на совершение сделки необходимо по причине того, что стороны не готовы нести дополнительные обременения «связанности» договорными обязательствами, если в согласовании сделки будет отказано. По нашему мнению, указанное, как минимум, требует дифференцированного, а не универсального подхода к различным видам сделок.

Кроме того, в заключение стоит сказать, что толкование термина «осуществление сделки» в антимонопольном законодательстве в широком смысле демонстрирует, как классические гражданско-правовые понятия могут быть трансформированы в публичных отраслях права, приобретая совершенно иное нормативное и практическое значение. Указанная проблематика, по нашему мнению, имеет большие перспективы для исследования, не ограничиваясь понятием «сделка» и отраслью «конкурентное право». ■

Литература [References]

1. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К. Н. Алешин, И. Ю. Артемьев, Е. А. Большаков и др.; отв. ред. И. Ю. Артемьев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 1024 с. [Scientific and practical commentary on the Federal Law «On Protection of Competition» (article by article) / K. N. Aleshin, I. Yu. Artemyev, E. A. Bolshakov et al.; ex. ed. I. Yu. Artemyev. 2 ed., revised and enlarged. M.: Statut, 2016. 1024 p. (In Russ.)]
2. Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. 636 с. [Sarbash S. V. Fulfillment of a contractual obligation. M.: Statut, 2005. 636 p. (In Russ.)]
3. Егорова М. А. Влияние совершения последовательных сделок на антимонопольное регулирование экономической концентрации (компаративный анализ европейского и российского антимонопольного законодательства) // Юрист. 2016. № 4. С. 4—10 [Egorova M.A. Effect of Making Consecutive Transactions on the Antimonopoly Regulation of Economic Concentration (Comparative Analysis of the European and Russian Antimonopoly Laws) // Jurist. 2016. № 4. P. 4—10 (In Russ.)]
4. Хабаров С. А. Сделки с ценными бумагами: некоторые вопросы контроля за экономической концентрацией // Конкурентное право. 2015. № 3. С. 20—25.

О понятии «осуществление сделки» в рамках государственного контроля за экономической концентрацией

- [Khabarov S.A. Transactions in securities: several issues of control of the economic concentration // Jurist. 2015. № 3. P. 20—25 (In Russ.)]
5. Увакина Т. В. Сделки по реорганизации юридических лиц в рамках государственного контроля за экономической концентрацией // Юрист. 2016. № 2. С. 38—46 [Uvakina T.V. Transactions on Reorganization of Legal Entities within the Framework of the State Control of Economic Concentration // Jurist. 2016. № 2. P. 38—46 (In Russ.)]
 6. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к ст. 153—208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. 1264 с. [Transactions, agency, limitation of action: article-by-article commentary to art. 153—208 of the Civil Code of the Russian Federation / Ex. ed. A.G. Karapetov. M.: M-Logos, 2018. 1264 p. (In Russ.)]
 7. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к ст. 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. 1120 с. [Contract and obligation law (general part): article-by-article commentary to art. 307—453 of the Civil Code of the Russian Federation / ex. ed. A.G. Karapetov. M.: M-Logos, 2017. 1120 p. (In Russ.)]

Сведения об авторе

Винчковский Егор Владимирович: юрист практики антимонопольного права Адвокатского бюро «Инфралекс»
E-mail: vinchkovskiy@gmail.com

УДК 336.2
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-36-43>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов как фактор стимулирования экономического соперничества хозяйствующих субъектов

Белова С.Н.,
Академия управления МВД
России,
125171, Россия, г. Москва,
ул. Зои и Александра
Космодемьянских, д. 8

Аннотация

В статье исследуется институт налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов бюджетной системы Российской Федерации. Рассмотрены вопросы сущности, видов и основных целей налоговой конкуренции в сфере администрирования налоговых и неналоговых поступлений на региональном уровне. По мнению автора, основной целью поддержания налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов является повышение качества управления финансами в субъектах РФ, в том числе в части оказания государственных услуг с использованием цифровых технологий. Дополнительной целью налоговой конкуренции должно стать стимулирование экономического соперничества хозяйствующих субъектов, развитие конкуренции в целом.

Ключевые слова: *налоговая конкуренция, администрирование доходов бюджетов, виды налоговой конкуренции, деофшоризация, основные функции и цели налоговой конкуренции, цифровые технологии, качество государственных услуг, стимулирование экономического соперничества.*

Для цитирования: Белова С.Н. Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов как фактор стимулирования экономического соперничества хозяйствующих субъектов // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 36–43. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-36-43>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Tax Competition in the Administration of Budget Revenues as a Factor in Stimulating Economic Rivalry Between Business Entities

Svetlana N. Belova,

Academy of management of
the Ministry of Internal Affairs
of Russia,
Zoya and Alexander
Kosmodemyanskikh str., 8,
Moscow, 125171, Russia

Abstract

The article examines the Institute of tax competition in the field of administration of budget revenues of the budget system of the Russian Federation. The issues of the essence, types and main goals of tax competition in the field of administration of tax and non-tax revenues at the regional level are considered. According to the author, the main goal of maintaining tax competition in the field of budget revenue administration is to improve the quality of financial management in the subjects of the Russian Federation, including in the provision of public services using digital technologies. An additional goal of tax competition should be to stimulate economic competition among economic entities and develop competition in General.

Keywords: *tax competition, budget revenue administration, types of tax competition, deoffshorization, main functions and goals of tax competition, digital technologies, quality of public services, promotion of economic competition.*

For citation: Belova S.N. Tax competition in the administration of budget revenues as a factor in stimulating economic rivalry between business entities // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 36–43, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-36-43>

The author declare no conflict of interest.

Введение

Актуальность темы исследования подтверждается тем, что развитие конкуренции является приоритетным направлением государственной политики России [1]. В Основных направлениях бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2020 г. и на плановый период 2021 и 2022 гг., утвержденных Минфином РФ, сформулированы основные приоритеты бюджетной и налоговой политики в части улучшения администрирования доходов бюджетов во взаимосвязи с обязательным созданием справедливых конкурентных условий. При этом отмечается, что посредством внедрения новых информационных технологий и постепенного формирования единого информационного пространства администрирование уже позволило значительно повысить собираемость доходов бюджетов без увеличения налоговой нагрузки.

Рост собираемости налогов не только способствует мобилизации доходов, но и позволяет устранить неравные конкурентные условия, способствует перераспределению трудовых и материальных ресурсов в пользу эффективных собственников и менеджеров от тех, кто получал конкурентные преимущества за счет недобросовестного поведения¹.

Важность налоговой конкуренции, в том числе в рассматриваемой сфере администрирования доходов бюджетов РФ, сложно переоценить, поскольку для нашей страны характерна распространенная практика межбюджетных трансфертов, создающая условия для иждивенчества одних регионов за счет других. В настоящее время имеется достаточное количество исследований в сфере налоговой конкуренции, которые при этом дают лишь общее представление о ее сущности, видах с точки зрения права и экономики.

Понятие и виды налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов

При всем многообразии трактовок термина «конкуренция» в науке и законодательстве РФ так и не сформулировано единое понятие налоговой конкуренции, а взгляды на ее сущность в некоторых научных работах

отличаются широтой трактовки содержания и отождествляются исследователями с понятием «управление налогами». И тем более понятие налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов в научном контексте вообще не рассматривалось.

Для уяснения сущности налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов необходимо исследовать его составляющие. Ученые рассматривают понятие конкуренции в различных аспектах.

В одном из современных экономических словарей предложено следующее определение понятия конкуренции (от лат. concurrentia — сталкиваться) — состязание между производителями (продавцами) товаров, а в общем случае — между любыми экономическими, рыночными субъектами; борьба за рынки сбыта товаров с целью получения более высоких доходов, прибыли, других выгод. Конкуренция представляет собой цивилизованную, легализованную форму борьбы за существование и один из наиболее действенных механизмов отбора и регулирования в рыночной экономике [2].

В толковом словаре терминов рыночной экономики В.А. Новиков дает краткое толкование конкуренции как элемента рыночного механизма, связанного в условиях рынка с формированием хозяйственных пропорций на основе соперничества коммерческих субъектов за лучшие и экономически более выгодные условия приложения капитала, реализации товаров и услуг [3].

Более общее определение понятия конкуренции дано коллективом специалистов под руководством М.А. Эскиндарова, согласно ему конкуренция — это 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. Приведенная дефиниция совпадает с законодательным определением понятия конкуренции, которое дано в п. 7 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ², а потому может считаться термином применительно к сфере антимонопольного регулирования. Однако это специальное значение понятия конкуренции не отвечает всем социальным запросам.

Конкуренция является регулятором экономики, основанной на свободном предпринимательстве, и служит регулятором объема производства и распределения ресурсов. Сущность конкурентного рынка состоит в том, что соперничающие на нем продавцы и покупатели не могут определять цены произведенных товаров, а также потоки и распределение ресурсов. Конкурентная борьба бывает не всегда действенной и редко безупречной.

¹ Основные направления бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2020 г. и на плановый период 2021 и 2022 гг. / Официальный сайт Министерства финансов Российской Федерации. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: https://www.minfin.ru/common/upload/library/2019/10/main/ONBNiTTP_2020-2022.pdf (Дата обращения: 28.10.2020).

² См.: СЗ РФ. 2006, № 31. Ст. 3434.

В таких случаях правительство имеет право вмешаться или берет на себя функции регулирования. Конкуренция является основополагающим принципом рыночной экономики. Модель экономики, основанной на конкуренции, является эталоном, с которым специалисты сравнивают другие рыночные модели [4].

Последнее широкое определение в части соперничества субъектов и государственного регулирования и при необходимости поддержки того или иного региона страны, на наш взгляд, наиболее подходит для определения налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов субъектов РФ. При этом для рассмотрения ее сущности, на наш взгляд, необходимо учитывать следующее.

1. Налоговая конкуренция в исследуемом аспекте состоит в управлении отношениями участников процесса администрирования доходов бюджетов субъектов РФ на основе принятой налоговой и бюджетной политики государства.

2. Под налоговой конкуренцией в данной сфере следует понимать организационно-методологическую деятельность уполномоченных государственных органов управления, осуществляемую с целью аккумуляции, повышения собираемости и поиска новых источников налоговых и неналоговых доходов бюджетов субъектов РФ.

3. Необходимо определить компоненты, элементный состав, виды и основные цели налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов субъектов РФ.

Сущность налоговой конкуренции достаточно подробно исследовала в своих трудах М.Р. Пинская, которая определяет сущность налоговой конкуренции как разновидность социальной конкуренции, а также делает вывод, что интенсивная вертикальная налоговая конкуренция позволяет преодолеть существующие трудности. При этом совершенно справедливо, на наш взгляд, отмечая, что «специфика экономических отношений как таковых ввиду цикличности не позволит экспоненциально расширять пределы налоговой конкуренции, что в свою очередь подразумевает разумное чередование централизованного и децентрализованного подхода в организации государственного управления» [5].

Далее в своей монографии автор дает понятие налоговой конкуренции как составной части финансово-экономической деятельности государства, характеризующейся перманентным изменением пределов совокупной налоговой базы государства через взаимодействия публично-правовых образований на федеральном, региональном и местном уровнях управления [5, с. 10]. Нельзя не согласиться с тем, что, как указывает данный исследователь, такая налоговая конкуренция «затрагивает две сферы деятельности любого

государства: внутреннюю, когда при перераспределении территориальной налоговой базы между уровнями власти возникает конкуренция между регионами и муниципалитетами, а также внешнюю, когда государство активно участвует в глобальной налоговой конкуренции, сталкиваясь с проблемами миграции налогового дохода» [5, с. 136].

В своем исследовании М.А. Троянская анализирует налоговую конкуренцию через «способ взаимодействия публично-правовых образований, нацеленный на реализацию налоговой политики государства на федеральном, региональном и местном уровнях в области распределения налоговой базы» [6].

Н.Н. Лайченкова дает определение понятия налоговой конкуренции в правовом аспекте как «налогово-правовой институт, т. е. совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, возникающие между субъектами различного территориального уровня, имеющих основной задачей привлечение налоговой базы в целях формирования новых источников налоговых поступлений в бюджеты всех уровней бюджетной системы РФ» [7].

На наш взгляд, понятие налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов имеет следующие аспекты: административно-правовой; организационно-структурный; информационно-аналитический; профессионально-должностной; юридический; физический. Указанные аспекты (компоненты) понятия налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов отвечают ряду таких перспективных направлений эффективного управления государственными финансами, как бюджетно-налоговое управление в субъектах РФ; методика прогнозирования, планирования, учета, контроля, мониторинга поступлений с целью своевременного реагирования и корректирования; использование современных математических подходов на основе информационных технологий и цифровизации; защита бюджетно-налоговой информации.

Таким образом, исходя из имеющихся в науке понятий налоговой конкуренции, на наш взгляд, налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов бюджетной системы РФ представляет собой состязательность публично-правовых образований (субъектов РФ) посредством оптимизации их налоговых систем, снижения налоговой нагрузки, установления дополнительных налоговых льгот и административных преференций с целью формирования новых источников налоговых поступлений и пополнения доходной части бюджета бюджетной системы РФ.

Виды налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов

В науке налогового права существуют различные основания, по которым разделяют виды налоговой конкуренции.

Например, по степени влияния на формирование национального бюджета различают положительную и недобросовестную (губительную, пагубную (англ. — harmful)) налоговую конкуренцию. Положительная налоговая конкуренция направлена на установление баланса интересов между уровнем налогообложения и величиной общественных потребностей, финансируемых из бюджета. В частности, в авторитетных европейских источниках можно встретить аргументы в поддержку более льготных налоговых режимов, применяемых малыми государствами, в силу того, что такие страны имеют ряд сложностей: их налоговая юрисдикция распространяется на небольшую территорию, возможности для трансграничного облегчения налогового бремени лимитированы, имеют место дополнительные расходы на взимание налогов [8, с. 410].

Напротив, недобросовестная налоговая конкуренция имеет целью только привлечение инвестиций безотносительно к формированию национального бюджета. Она использует такие формы, как снижение налоговых ставок в отношении доходов иностранных инвесторов; «налоговые каникулы», т. е. освобождение от уплаты всех обязательных платежей для вновь созданных предприятий с иностранными инвестициями; отмену взимания налогов у источника выплаты доходов в случае распределения прибыли за рубежом; создание специальных безналоговых зон и др. [9, с. 387].

Недобросовестная налоговая конкуренция может возникать не только между странами, но и между регионами. Заключается она в том, что правительство юрисдикции стимулирует приток инвестиций на свою территорию путем сильного снижения налогообложения, а также предоставления ряда дополнительных выгод, к примеру, высокой конфиденциальности.

В региональном аспекте в настоящее время в отношении недобросовестной налоговой конкуренции сформировалось два мнения: первое — что унификация налогов в регионах вызовет необходимость сокращения налогов, а это может повлечь вопросы дефицита программ социального развития субъектов РФ, а второе — что налоговая конкуренция подтолкнет некоторые субъекты РФ к созданию конкурентных налоговых структур, что позволит привести в равновесие региональные бюджеты и обеспечить трудовую занятость.

Примером могут служить налоговые льготы для авиаперевозчиков, более низкие налоговые ставки для определенных видов экономической деятельности или для предприятий, расположенных в отдельных регионах. «Большинство из существовавших налоговых режимов такого рода уже не применяются, однако отдельные государства все еще предоставляют значительные налоговые преимущества в виде пониженных ставок налога на прибыль. С помощью налоговых льгот государства предотвращают перемещение экономической активно-

сти за рубеж и, с другой стороны, привлекают мобильный зарубежный капитал» [10, с. 21].

М.Р. Пинская в своих трудах подразделяет налоговую конкуренцию по уровням государственного управления на вертикальную и горизонтальную.

В современной научной литературе существует разделение налоговой конкуренции на межгосударственную и внутригосударственную. Под последней — внутригосударственной налоговой конкуренцией — понимают «установление налогов независимыми и не сотрудничающими друг с другом органами власти, при котором выбор той или иной политики каждым местным органом власти влияет на распределение мобильной налоговой базы между «регионами», представленными органами власти» [11, с. 585].

Межгосударственную налоговую конкуренцию определяют как возникающую при воздействии налоговой системы одного государственного образования на налоговую систему другого и заключающуюся в соперничестве многочисленных фискальных юрисдикций за право привлечения в свою «национальную экономику» глобальных налогоплательщиков [12, с. 123].

Так, в 2017 г. в целях обеспечения возврата российского капитала и сокращения его вывоза за рубеж осуществлен ряд дополнительных мер по деофшоризации российской экономики, принятых в развитие действующих с 2015 г. мер, в том числе уточнены:

- 1) правила переноса на будущее убытков контролируемых иностранных компаний (далее — КИК) за три года, непосредственно предшествующих 2015 г.;
- 2) порядок налогообложения операций КИК с финансовыми активами (включая ценные бумаги);
- 3) порядок исчисления финансовых показателей КИК, являющейся участником иностранной консолидированной группы налогоплательщиков;
- 4) порядок подачи документов, подтверждающих условия освобождения прибыли КИК от налогообложения в рамках многоуровневых цепочек владения;
- 5) деофшоризационные нормы, применяемые к налогоплательщикам — физическим лицам;
- 6) отдельные положения концепции налогового резидентства юридических лиц.

Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов относится к внутригосударственному типу налоговой конкуренции, поэтому, на наш взгляд, имеет сложную элементную систему, в которую входят:

- ответственность по уплате обязательных налоговых и неналоговых платежей со стороны как физических, так и юридических лиц;
- стабильность и устойчивость системы налогообложения субъектов РФ и страны в целом;
- способность к самосовершенствованию и развитию, что очень важно в современном динамическом ро-
сте, так как предполагает модернизацию методов

налогообложения и бюджетирования, культуры плательщиков и профессиональных знаний и навыков участников администрирования доходов (администраторов доходов бюджетов, кредитных учреждений, Федерального казначейства, судов и др.), а также совершенствование методов управления государственными финансами.

В науке существуют еще некоторые основания разделения налоговой конкуренции на виды, но в задачи данного исследования их рассмотрение не входит, поэтому они анализироваться не будут.

Таким образом, несомненно, в современных финансово-экономических условиях роста бюджетного дефицита задачей номер один как для правительств, так и для соответствующих внутригосударственных и международных структур становится поиск новых источников доходов на всех уровнях и повышение уровня собираемости доходов бюджетов всех уровней бюджетной системы.

Основные функции и цели налогового администрирования доходов бюджетов

Содержание налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов бюджетной системы РФ, с присущими ей институционально-правовым, финансово-хозяйственным и информационно-аналитическим аспектами, по нашему мнению, предполагает осуществление функционального анализа. Анализируемыми функциями при этом могут являться:

- выявление критических ситуаций, при которых прогнозируемые и реальные показатели деятельности субъектов РФ достигают или выходят за пределы пороговых значений, а также сокращение различий в уровне расчетной бюджетной обеспеченности в субъектах РФ. Так, предоставление в 2017 г. из федерального бюджета дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности субъектов РФ способствовало сокращению различий в уровне расчетной бюджетной обеспеченности между 10 наиболее обеспеченными и 10 наименее обеспеченными регионами с 5,7 до 2,6 раза (или в 2,2 раза)³;
- разработка мер по выводу бюджетной и налоговой систем (федерального, регионального и местного уровней) из зоны налогового и бюджетного риска и устранению последствий реализации угроз;
- осуществление экспертизы принимаемых нормативно-правовых актов и решений по бюджетным и налоговым вопросам с позиции обеспечения налоговой конкуренции по соответствующим субъектам РФ.

По нашему мнению, основными целями осуществления налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов в настоящее время являются:

1. Справедливая межрегиональная конкурентная среда и сокращение теневого сектора.
2. Снижение административной (контрольной) нагрузки во всех субъектах РФ за счет автоматизации мониторинга и выявления правонарушений.
3. Улучшение администрирования доходов и повышение уровня собираемости налоговых и неналоговых платежей в субъектах РФ, в т. ч. за счет цифровизации экономики в субъектах РФ [13, 14].

Это, несомненно, приведет к более эффективному и качественному оказанию государственных услуг с использованием современного математического аппарата и информационных цифровых технологий во всех субъектах РФ независимо от их удаленности от центральных регионов страны.

Например, в целях улучшения администрирования доходов и повышения собираемости страховых взносов с 01.01.2017 осуществлена передача функций администрирования страховых взносов ФНС России, что позволило снизить общую административную нагрузку на хозяйствующие субъекты за счет сокращения количества государственных органов, осуществляющих контрольные мероприятия, и оптимизации количества представляемой в контролирующие органы отчетности (объем отчетности сокращен почти на 40%). Поступления страховых взносов в 2017 г. составили 6784,2 млрд руб., что на 7,2% (или 455,7 млрд руб.) выше, чем в 2016 г., а темп роста поступлений опередил темп роста средней заработной платы на 1,9 п.п. При этом в результате проведенной налоговыми органами работы по взысканию переданной задолженности в бюджет государственных внебюджетных фондов поступило 100 млрд руб.⁴

4. Создание единого механизма администрирования налоговых и таможенных платежей, что призвано обеспечить прослеживаемость товара на всех этапах его жизненного цикла — от ввоза на таможенную территорию и ввода в коммерческий оборот до реализации в розничном звене или поставки на экспорт.

5. Создание более полной и прозрачной системы управления государственными финансами, предусматривающей автоматизацию сбора информации, необходимой для эффективного прогноза, мониторинга, планирования и оптимального управления.

³ Основные направления бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2020 г. и на плановый период 2021 и 2022 гг. / Официальный сайт Министерства финансов Российской Федерации. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: https://www.minfin.ru/common/upload/library/2019/10/main/ONBNITTP_2020-2022.pdf (Дата обращения: 28.10.2020).

⁴ Основные направления бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2020 г. и на плановый период 2021 и 2022 гг. / Официальный сайт Министерства финансов Российской Федерации. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: https://www.minfin.ru/common/upload/library/2019/10/main/ONBNITTP_2020-2022.pdf (Дата обращения: 28.10.2020).

Реализация вышеуказанных целей, на наш взгляд, посредством применения непрерывного отслеживания критических индикаторов выполнения планов, а также оперативной их коррекции позволит обеспечить успешное выполнение основных положений налоговой и бюджетной политики государства.

Заключение

Таким образом, на наш взгляд, налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов бюджетной системы РФ представляет собой состязательность публично-правовых образований (субъектов РФ) посредством оптимизации их налоговых систем, снижения налоговой нагрузки, установления дополнительных налоговых льгот и административных преференций с целью формирования новых источников налоговых поступлений и пополнения доходной части бюджета бюджетной системы РФ.

Одной из основных целей налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов при этом является не только повышение уровня взимаемости платежей (снижение уровня уклонения от уплаты налоговых и неналоговых поступлений), изыскание новых источников доходов бюджетов, но и повышение качества управления финансами, в т. ч. повышение качества оказания государственных услуг с использованием современного математического аппарата, информационных цифровых технологий и цифровизации экономики.

Второй важной целью налоговой конкуренции в исследуемой сфере является стимулирование экономического соперничества хозяйствующих субъектов и развитие конкуренции в целом. Необходимость и целесообразность использования налоговой конкуренции в сфере администрирования доходов бюджетов для развития конкурентной среды не вызывают сомнения, поскольку является одним из перспективных инструментов развития конкуренции. Налоговую конкуренцию в исследуемой сфере целесообразно учитывать при разработке плана мероприятий «дорожных карт», предусматривающих развитие конкуренции в различных отраслях экономики и социальной сферы, в том числе посредством «повышения экономической эффективности и конкурентоспособности хозяйствующих субъектов»⁵, стимулирования их экономического соперничества и инновационной активности. ■

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 16.08.2018 № 1697-р (ред. от 01.10.2020) «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») по развитию конкуренции в отраслях экономики Российской Федерации и переходу отдельных сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка на 2018—2020 годы» // СПС КонсультантПлюс.

Литература [References]

1. Максимов С.В. Развитие конкуренции — приоритетное направление государственной политики России // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 1 (13). С. 4—5. [Maximov S.V. Development of competition is a priority area of Russian state policy // Russian Competition Law and Economy. 2018. № 1 (13). P. 4—5 (In Russ.)]
2. Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. 2-е изд., исправ. М.: ИНФРА-М, 1999. 479 с. [Raizberg B.A., Lozovsky L.SH., Starodubtseva E.B. Modern economic dictionary. 2nd ed., isright. Moscow: INFRA-M, 1999. 479 pp. (In Russ.)]
3. Новиков В.А. Толковый словарь: термины рыночной экономики. М.: Наука, 1994. 231 с. [Novikov V.A. Explanatory dictionary: terms of market economy. Moscow: Nauka, 1994. 231 pp. (In Russ.)]
4. Словарь финансово-экономических терминов / А.В. Шаркова, А.А. Киячков, Е.В. Маркина и др.; Под общ. ред. д. э. н., проф. М. А. Эскиндарова. М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2015. 1168 с. [Dictionary of financial and economic terms / A.V. Sharkova, A.A. Kilyachkov, E.V. Markina et al.; Under the General editorship of doctor of Economics, prof. M.A. Eskindarov. Moscow: Publishing and trading Corporation “Dashkov and K”, 2015. 1168 pp. (In Russ.)]
5. Пинская М.Р. Налоговая конкуренция: от теории к практике: Монография. М.: ИНФРА-М, 2013. 136 с. [Pinskaya M.R. Tax competition: from theory to practice: Monograph. Moscow: INFRA-M, 2013. 136 pp. (In Russ.)]
6. Лайченкова Н.Н. Налоговая конкуренция как инструмент повышения эффективности регионального налогообложения и налогового права // Информационная безопасность регионов. 2015. № 2 (19). С. 53—56. [Laychenkova N.N. Tax competition as a tool for improving the efficiency of regional taxation and tax law // Information security of regions. 2015. № 2 (19). P. 53—56 (In Russ.)]
7. Троянская М.А. О разграничении понятий и роли налоговой конкуренции и конкурентоспособности // Управление общественными и корпоративными финансами: Формирование ресурсного обеспечения инновационной экономики: Материалы междунаrodn. науч.-практ. конф., г. Саратов, 28 марта 2014 г. / Под общ. ред. Е.А. Ермаковой. Саратов: ИЦ «Наука», 2014. С. 407. [Troyanskaya M.A. On the differentiation of concepts and the role of tax competition and competitiveness // Public and corporate Finance management: Formation of resource support for the innovative economy: Materials international. scientific and practical Conf.,

Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов как фактор стимулирования...

- Saratov, March 28, 2014 / under the General editorship of E.A. Ermakova. Saratov: IC "Science", 2014. P. 407. (In Russ.)]
8. Vording Henk. A Level Playing Field for Business Taxation in Europe: Why Country Size Matters // European Taxation. 1999. Vol. 31, № 11. P. 410—421.
 9. Pinto Carlo. EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken // Intertax. 1998. Vol. 26. Issue 12. P. 386—410.
 10. Terra B., Wattel P. European Tax Law. Fifth edition. Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
 11. Goodspeel T.J. Tax Competition, Benefit Taxes and Fiskal Federalism // National Tax Journal. 1998. № 51. P. 585.
 12. Погорлецкий А.И. Принципы международного налогового планирования. СПб: Изд. дом СПбГУ, 2005. С. 123. [Pogorletsky A.I. Principles of international tax planning. St. Petersburg, publishing house of St. Petersburg state University, 2005. P. 123. (In Russ.)]
 13. Самолысов П.В. Факторы, способствующие повышению конкурентоспособности российских информационных и коммуникационных технологий // Право и цифровая экономика. 2019. № 2 (4). С. 5—11. [Samolysov P.V. Factors increaing competitivness of the russian information and communication technologies // Law and digital economy. 2019. № 2 (4). P. 5—11 (In Russ.)] DOI: 10.17803/2618-8198.2019.04.2.005-011
 14. Цифровое право: Учебник / Под общ. ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М.: Проспект, 2020. 640 с. [Digital law: Textbook / under the General editorship of V.V. Blazheyev, M.A. Egorova. Moscow: Prospect, 2020. 640 pp. (In Russ.)]

Сведения об авторе

Белова Светлана Николаевна: кандидат экономических наук, доцент кафедры организации финансово-экономического, материально-технического и медицинского обеспечения Академии управления МВД России
E-mail: cweta@inbox.ru

УДК 346.52
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-44-49>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Ретейл против маркетплейса

Федоров П.Г.,
Юридическая фирма ЮстПро,
125009, Россия, г. Москва,
ул. Горбунова, д. 2, стр. 3

Аннотация

Конкурентные сражения хоть и должны протекать в установленном законом порядке, но нередко они наполняются нечестным поведением. В большинстве своем это область нравственности, но при определенных обстоятельствах даже она наделяется законодательно установленной силой. Речь идет о злоупотреблении правами (недобросовестности). В таком положении может оказаться ретейлер в условиях конкурентного с маркетплейсами, особенно когда в противостояние вмешивается общий поставщик (официальный дистрибьютор).

Ключевые слова: *ретейл, маркетплейс, дистрибьютор, конкуренция, антимонопольное законодательство.*

Для цитирования: Федоров П.Г. Ретейл против маркетплейса // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 44—49. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-44-49>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Retail vs. Marketplace

Pavel G. Fedorov,
Law firm UstPro,
Gorbunova str., 2, bldg 3, Moscow,
125009, Russia

Abstract

Although competitive battles should take place in accordance with the procedure established by law, they are often filled with dishonest behavior. For the most part, this is an area of morality, but under certain circumstances even this is given statutory power. We are talking about abuse of rights (bad faith). A retailer may find itself in this position when competing with marketplaces, especially when a common supplier (official distributor) intervenes in the confrontation.

Keywords: *retail, marketplace, distributor, competition, antitrust law.*

For citation: Fedorov P. G. Retail vs. marketplace // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 44—49, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-44-49>

The author declare no conflict of interest.

Противостояние между ретейлом и маркетплейсами

Ретейл и маркетплейс являются торговыми механизмами, но ретейлер может не обладать интернет-магазином, при том что товары могут совпадать. Если речь идет о небольшом ретейле, то он старается внедрить побольше эксклюзивности, поскольку конкурировать с маркетплейсами в ценах невозможно. Сетевой же ретейл (как правило, продуктовый) прочно занимает свою нишу и в силу особенностей товара не испытывает большой конкуренции с маркетплейсами.

Поскольку маркетплейс строит работу на посреднических договорах, то ему выгодно продать как можно больше товара, чтобы получить комиссию. Поэтому нередко договоры предусматривают необходимость для продавцов снижать продажные цены на периоды проведения акций. Влияние маркетплейса на поставщиков уже сравнивают с воздействием, которое осуществляли торговые сети на производителей [1].

Среднестатистический ретейлер обычно не обладает такими возможностями и гибкостью. Поставщик (в особенности официальный дистрибьютор) осуществляет условный контроль рынка через установление рекомендованных розничных цен (далее — РРЦ), в том числе предусматривая меры воздействия в случае демпинга ретейлера.

Поскольку одной из функций таких рекомендаций является позиционирование бренда, то завышение цен не беспокоит дистрибьютора. Восприятие товара потребителями по более высокой цене выгодно производителю и дистрибьютору. Соответственно, пониженная цена не позволяет в перспективе «зарабатывать» на бренде.

Такое положение дел приводит к очевидному недоброжелательству ретейлом маркетплейсами. Конечно, если сам ретейл не прибегает к его использованию. Такое, в частности, начали практиковать Дикси и Metro.

Маркетплейс привлекает разные категории поставщиков благодаря тому, что они получают выход на широкую аудиторию. Более того, к такой площадке у потребителей имеется доверие, что позволяет продавать больше [2].

Если ретейл не использует такой канал продаж, то обнаруживается противостояние двух бизнес-моделей: эксклюзивность, характерным элементом которой является индивидуальность, и обезличенный подход, в основе которого лежит скидочная система.

Такое противостояние, безусловно, имеет экономическую основу. Но в нем можно обнаружить и правовые особенности. Поскольку маркетплейс сам по себе является интернет-площадкой, то противостояние осуществляется между другими продавцами. Может ли ретейлер воздействовать на маркетплейс непосредственно или же, оценивая его в качестве канала продаж, решать спорную ситуацию с прямым конкурентом?

Поскольку прямых отношений с маркетплейсом нет, то речь можно вести в антимонопольной плоскости. Главный вопрос заключается в следующем: является ли маркетплейс субъектом ответственности за нарушение антимонопольного законодательства?

Поскольку маркетплейсы работают по договорам комиссии, агентирования или возмездного оказания услуг, то вертикальное соглашение с собственником товара в контексте Федерального закона «О защите конкуренции»¹ отсутствует. Об этом также свидетельствует разъяснение № 2 Президиума ФАС России «Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения (утв. протоколом Президиума ФАС от 17 февраля 2016 г.)². Следовательно, установленные законом запреты к договорам с маркетплейсами не применимы.

Утверждать о недобросовестной конкуренции не представляется возможным, поскольку отсутствует основной признак в виде действий, направленных на создание преимуществ. Маркетплейс не создает себе абсолютно никаких преимуществ в силу того, что является посредником. Он действует в интересах собственника товара.

Но использование собственником товара такого канала продаж не может рассматриваться в контексте недобросовестной конкуренции, поскольку любой продавец может его использовать.

Маркетплейс можно попробовать привлечь к ответственности по совокупности действий с собственником товара, т. к. именно он является конечным выгодоприобретателем. Поскольку маркетплейс является профессиональным участником рынка интернет-торговли, то его деятельность можно рассматривать в качестве осознанно направленной на устранение запретов. Степень вины будет зависеть от уровня участия маркетплейса в формировании цены и условий продажи.

Возможным нарушением может являться установление пониженной цены, что является признаком ограничения конкуренции. Соответственно, можно предположить об установлении монопольно низкой цены. Такое возможно только при фиксации доминирующего положения на рынке, но при наличии закрепленных в ст. 5 ФЗ «О защите конкуренции» показателей. В условиях конкуренции между продавцами и получающими широкое распространение маркетплейсами такое вряд ли возможно.

Доказать монопольно низкую цену еще сложней. Например, Арбитражный суд (далее — АС) Западно-Сибирского округа в постановлении от 24.05.2017 по делу № А46-12327/2016 пришел к выводу,

¹ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

² См.: СПС «Гарант» URL: <https://www.garant.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

что поскольку розничные цены превышали закупочные, а торговая надбавка позволила предпринимателю покрыть расходы и осуществлять деятельность с положительным финансовым результатом, то отсутствует монопольно низкая цена³.

В постановлении АС Дальневосточного округа от 02.02.2017 по делу № А04-5223/2016 определены показатели, которые принимаются во внимание при оценке стоимости товара: размер расходов, необходимых для его производства и реализации, размер прибыли, оставшейся после погашения всех затрат и убытков, предполагаемая цена⁴. Такой набор показателей свидетельствует о достаточно сложном механизме выявления монопольно низких цен.

Участники рынка, осознавая неоднозначное положение маркетплейсов, обращали внимание ФАС на необходимость разработки «правил игры». Активная антимонопольная деятельность регулятора позволяет предположить появление таковых со временем. Но на данный момент можно утверждать о невозможности привлечь маркетплейс к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Противостояние между ретейлом и дистрибьютором

Достаточно часто у традиционного ретейлера и маркетплейса один и тот же поставщик. Особенно показательна такая ситуация, когда в роли поставщика выступает дистрибьютор.

В общем маркетплейс можно разделить на посредников первого уровня (при размещении товара производителями) и посредников второго уровня (при размещении товара интернет-магазинами, дистрибьюторами) [3]. Именно посредничество второго уровня образует повышенную конкуренцию.

В целях позиционирования бренда дистрибьютор может устанавливать РРЦ, а также обеспечивать контроль ее соблюдения. Спустя некоторое время после приобретения товара ретейлером этот же самый товар появляется на маркетплейсах, которые начинают устраивать демпинг.

Так как маркетплейсы имеют влияние на поставщиков, то в погоне за своей комиссией они могут требовать понижения для себя закупочных цен. Используя акции, маркетплейсы влияют на рынок. Такая ситуация не устраивает ни поставщиков, ни конкурентов.

Поставщики вынуждены считаться с таким поведением маркетплейсов, которые являются существенно влияющей на рынок тенденцией. При этом бизнес прибегает к использованию механизма маркетплейса, поскольку осознает недостаточность собственного сайта для успешной коммерческой деятельности [4].

В связи с тем что ретейлер не имеет возможности воздействовать правовыми средствами на маркетплейс, ему приходится вступить в переговоры с поставщиком (дистрибьютором), который, собственно, получает выгоду от действий маркетплейса. Предметом переговоров может являться понижение закупочной цены, повышение цены на маркетплейсах, замена или возврат товара.

Поскольку имеется согласованный договор, поставщик, вероятней всего, либо не захочет терять прибыль, либо у него не будет желания усложнять процесс реализации закупленного для ретейлера товара. В этом случае потребуются обращение в суд.

Наиболее вероятным способом защиты является требование о расторжении или изменении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Статья 451 Гражданского кодекса РФ называет четыре одновременно возникших условия, существование которых позволит рассчитывать на победу в суде⁵.

По такой категории дел суд определяет наличие существенного изменения обстоятельств, время наступления, возможность его предвидеть при заключении договора (определение Верховного Суда РФ от 30.07.2013 № 18-КГ13-70)⁶.

Истцу необходимо обосновать кардинальное изменение обстоятельств, что будет свидетельствовать об их изменении настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях (постановление Президиума Высшего Арбитражного суда (далее — ВАС РФ) № 1074/10 от 13.04.2010)⁷.

Данная категория дел крайне сложна, поскольку суды стоят на позиции сохранения договора. Большое влияние оказывает постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»⁸ (далее — Постановление № 16).

³ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.05.2017 по делу № А46-12327/2016. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

⁴ См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 02.02.2017 по делу № А04-5223/2016. URL: <http://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 11.11.2020).

⁵ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

⁶ См.: Определение Верховного Суда РФ от 30.07.2013 № 18-КГ13-70. URL: <http://vsrf.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

⁷ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 1074/10 от 13.04.2010. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

⁸ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2014 г., № 5.

Ретейл против маркетплейса

Попытки ретейлеров расторгнуть договор могут натолкнуться на позицию судов о предпринимательском риске. В частности, при вступлении в договор ретейлер должен анализировать и прогнозировать состояние рынка в своей сфере деятельности, в том числе ожидаемый уровень инфляции, увеличение стоимости товара в период действия договора (постановление АС Московского округа от 01.12.2016 по делу № А40-131475/2015)⁹.

Судебная практика хорошо иллюстрирует отрицательные подходы судов к возможности воздействовать на договор, не считая существенным изменением обстоятельств:

- убыточность магазина (постановление АС Западно-Сибирского округа от 26.08.2014 по делу № А27-18034/2013)¹⁰;
- изменение финансового положения (постановление Президиума ВАС РФ от 30.11.2010 № 9600/10; постановление АС Центрального округа от 20.12.2018 по делу № А23-3442/2017)¹¹;
- экономические санкции (определение Верховного Суда РФ от 23.05.2017 по делу № А39-5782/2015)¹²;
- финансовый кризис (постановление Президиума ВАС РФ от 07.08.2001 № 4876/01)¹³;
- изменение курса валюты (определение Верховного Суда РФ от 13.09.2016 № 18-КГ16-102)¹⁴.

Такие достаточно жесткие подходы все равно не исключают возможности воздействовать на договор. В основе положительных решений судов используется принцип соблюдения баланса интересов сторон (постановление Президиума ВАС РФ от 30.11.2010 № 9600/10¹⁵; постановление АС Центрального округа от 25.07.2018 по делу № А62-7668/2017)¹⁶.

При оценке допустимости удовлетворения исковых требований суды исходят из цели изменения или прекращения договора, заключающейся в необходимости восстановления совокупности интересов сторон, которая могла быть существенным образом нарушена (постановление АС Центрального округа от 24.12.2019 по делу № А14-20467/2018)¹⁷.

Если дистрибьютор использует в качестве канала продаж маркетплейсы, то фиксирование рекомендованных цен для ретейлера, которые выше цен на маркетплейсах, может приводить к убыткам у ретейлера. Безусловно, значение приобретают конкретные условия договора в виде допустимости использования ретейлером скидок, но в любом случае такое положение дел отличается от добросовестных условий предпринимательства.

Ретейлер может использовать модель бизнеса, основанную на эксклюзивности, что позволяет избежать конкуренции с широким рынком. Но как только аналогичный товар попадает на маркетплейс, то эксклюзивность устраняется. Ситуация усугубляется установлением для ретейлера РРЦ.

Существенным изменением обстоятельств в такой ситуации может являться значительное понижение цен на товар на фоне закрепленной РРЦ для ретейлера. При заключении договора поставщик (дистрибьютор) определяет РРЦ, которую ретейлер воспринимает как ориентир в части расчета своего предпринимательского риска. Ситуация может усугубляться отсутствием в договоре возможности для ретейлера предоставлять покупателям скидки и организовывать распродажи.

Следовательно, существенное для конкретного ретейлера отклонение в ценах не будет укладываться в предпринимательский риск. В этом случае можно говорить о нарушении принципа баланса интересов сторон, что позволяет потребовать расторжения договора.

Небольшой ретейлер, вступая в правоотношения с крупным поставщиком (дистрибьютором), становится более слабой стороной в договоре. Более того, такого поставщика, являющегося дистрибьютором, можно рассматривать в качестве профессионала конкретного рынка. Тогда как уровень профессионализма стороны договора может иметь значение при оценке несправедливых договорных условий (п. 10 и п. 11 Постановления № 16).

В судебной практике сформировался подход, согласно которому «при толковании условий договора суды не вправе ограничиваться формальной констатацией определенного условия договора в отрыве от его контекста и цели заключения, а должны оценивать все условия договора в их совокупности с учетом целей его заключения и действительной воли сторон, в пользу сохранения

⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2016 по делу № А40-131475/2015. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹⁰ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.08.2014 по делу № А27-18034/2013. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.11.2010 № 9600/10. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020); Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 20.12.2018 по делу № А23-3442/2017. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹² См.: Определение Верховного Суда РФ от 23.05.2017 по делу № А39-5782/2015. URL: <http://vsrf.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹³ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 07.08.2001 № 4876/01. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹⁴ См.: Определение Верховного Суда РФ от 13.09.2016 № 18-КГ16-102. URL: <http://vsrf.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹⁵ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.11.2010 № 9600/10.

¹⁶ См.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 20.12.2018 по делу № А23-3442/2017. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

¹⁷ См.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 24.12.2019 по делу № А14-20467/2018. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

существующих обязательств, при условии добросовестного поведения участников сделки»¹⁸.

В ситуации с небольшим ретейлером и официальным дистрибьютором толкование договора на фоне изменившихся обстоятельств может приводить к выводу о недобросовестности дистрибьютора, что выражается в создании условий явной несоразмерности имущественного положения сторон (постановление АС Западно-Сибирского округа от 04.06.2015 по делу № А27-13141/2014)¹⁹.

В зависимости от занимаемого официальным дистрибьютором положения на рынке можно предположить о его существенном влиянии, что проявляется в необходимости приобретения ретейлером товара исключительно у такого дистрибьютора. В большинстве своем в такой ситуации покупатель вынужден принять договорные условия официального дистрибьютора, что позволяет говорить о его условно доминирующем положении на рынке.

Следовательно, существующая в антимонопольном законодательстве категория «невыгодности навязывания условий договора» позволит обосновать ретейлеру нарушение принципа баланса интересов. Используя широкое толкование, можно применить данную конструкцию к изменившимся обстоятельствам. Целью такого приема будет засвидетельствование невыгодности существующих условий договора в настоящий момент, которые ретейлер принял при его заключении, полагаясь на добросовестность дистрибьютора.

В письме ФАС России от 24.12.2018 № СП/106050/18 содержатся рекомендации в части оценки действий доминирующих на рынке субъектов как злоупотребление доминирующим положением²⁰. Во главу угла ставятся интересы сторон. Для вывода о злоупотреблении доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из последствий: недопущение, ограничение, устранение конкуренции или ущемление интересов других лиц.

Помимо прочего, ретейлер (покупатель) может обосновать несовместимость избранного дистрибьютором способа получения преимуществ с честным предпринимательством, т. е. противоречие выбранного способа требованиям законодательства и (или) сло-

жившимся в коммерческом обороте обычаям, представлениям о добропорядочности, разумности и справедливости (определение Верховного Суда РФ от 26.04.2019 № 303-КГ18-23327)²¹.

Безусловно, речь о невыгодности условий может идти при условии заключения договора с доминирующим субъектом (ст. 10 Закона о защите конкуренции), что очень трудно доказать. Но если показать суду значительное положение официального дистрибьютора на рынке конкретного товара, то данная цель может быть достигнута. Дополнительно можно засвидетельствовать влияние дистрибьютора на рынок, поскольку маркетинг, как правило, выступает в роли агента или комиссионера. Следовательно, выгодоприобретателем является дистрибьютор.

В любом случае указанная правовая конструкция может более наглядно обосновать суду существенное изменение обстоятельства, а также недобросовестность официального дистрибьютора. Такой подход может привести к удовлетворению иска ретейлера о расторжении или изменении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, чему способствовало недобросовестное поведение дистрибьютора.

Ретейлер может попробовать использовать конструкцию недобросовестности для признания договора недействительным. Такое возможно, если совершение сделки нарушает запрет, установленный п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Суды при оценке недобросовестных действий сторон должны исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации (постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»)²².

Официальный дистрибьютор, предлагая договор с включенными условиями об РРЦ, но который впоследствии реализует свой товар через маркетплейсы по ценам ниже РРЦ, может действовать недобросовестно.

Поскольку дистрибьютор по общему правилу является более сильной стороной по отношению к покупателю (ретейлеру), то можно вести речь о злоупотреблении правом с его стороны. Высшая судебная инстанция исходит из того, что доказанность злоупотребления правом при совершении сделки может приводить к признанию

¹⁸ См.: Постановление АС Уральского округа от 28.12.2016 по делу № А76-2502/2015.

¹⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.06.2015 по делу № А27-13141/2014. URL: <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

²⁰ См.: Письмо ФАС России от 24.12.2018 № СП/106050/18 «О направлении разъяснений по вопросу обзора правоприменительной практики при рассмотрении заявлений, дел антимонопольными органами, а также судебных решений по ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в случае навязывания доминантом невыгодных условий при заключении договоров» // СПС КонсультантПлюс. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

²¹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 26.04.2019 № 303-КГ18-23327. URL: <http://vsrf.ru> (Дата обращения: 11.11.2020).

²² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 30.06.2015. № 140.

данной сделки недействительной на основании ст. 10 и 168 ГК РФ (Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.06.2015))²³.

Ретейлеру целесообразно свою позицию обосновывать нарушением дистрибьютором юридического равенства сторон сделки, которое заключается в высоком (положение сильной стороны) использовании дистрибьютором своих гражданских прав в ущерб законным интересам ретейлера [5]. Такое общечеловеческое обоснование позволит доказать суду злоупотребление правом.

Вывод

Маркетплейсы помогают потребителям приобрести товар по невысокой цене, которая является конкурентным преимуществом стоящего за маркетплейсом продавца. Использование такого механизма продаж официальным дистрибьютором может приводить к жесткой конкуренции.

Заботящийся о своей деловой репутации дистрибьютор будет учитывать правила добросовестного поведения, исключающие действия во вред покупателю (ретейлеру). Нечестный дистрибьютор в погоне за прибылью может пренебрегать такими требованиями.

Ретейлер лишен возможности непосредственного воздействия на маркетплейсы. Защитить свои интересы он может, только вступив в противостояние с дистрибьютором. В этом случае потребуются доказать создание дистрибьютором условий явной несоразмерности интересов. ■

Литература [References]

1. Михайлюк М.В. Маркетплейсы как фактор прогрессивной трансформации интернет-торговли в России: логистический аспект // Экономические науки. 2019. № 172. С. 57—61. [Mikhailyuk M. V. The Marketplace as a Factor in the Progressive Transformation of E-Commerce in Russia: Logistic Aspect // Economic sciences. 2019/ № 172. P. 57—61 (In Russ.)] DOI: 10.14451/1.172.57.

2. Гурская С.П. Маркетплейсы — новый сегмент в e-commerce // Проблемы и перспективы электронного бизнеса: Сб. науч. статей международной научно-практической конференции / Под науч. ред. А.Н. Семенюты. Гомель: Белорусский торгово-экономический университет потребительской кооперации, 2017. С. 26—30. [Hurskaya S.P. Marketplaces — a new segment in e-commerce // Problems and prospects of e-business. Collection of scientific articles of the international scientific and practical conference. Under the scientific ed. of A.N. Semenyuta. Gomel: Belarusian trade and economic University of consumer cooperation, 2017. P. 26—30 (In Russ.)]
3. Твердохлебова М.Д., Никишкин В.В. Роль маркетплейсов на рынке розничных торговых услуг // Практический маркетинг № 6 (268) 2019. С. 3—8. [Tverdokhlebova M. D., Nikishkin V. V. The Role of marketplaces in the retail market // Practical marketing, No. 6 (268) 2019. P. 3—8 (In Russ.)]
4. Марченков А.А. Маркетплейсы как главный тренд электронной коммерции // Научные стремления. 2019. № 26. С. 65—67. [Marchenkov A. A. Marketplaces as the main trend of electronic commerce // Scientific aspirations. 2019. № 26. P. 65—67 (In Russ.)] DOI: 10.31882/2311-4711.2019.26.14
5. Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: Монография. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 186. [Volkov A.V. Abuse of civil rights: problems of theory and practice: Monograph. Moscow. Volters Kluver, 2009. P. 186 (In Russ.)]

Сведения об авторе

Федоров Павел Геннадьевич: управляющий партнер Юридической фирмы ЮстПро
E-mail: fedorovpg@mail.ru

²³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.06.2015 // Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации, № 10, 2015.

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-50-51>

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Комментарий к статье «Ретейл против маркетплейса»¹

Гуленков М.С.,

кандидат юридических наук, преподаватель РЭУ им. Г.В. Плеханова,
начальник отдела торговли Управления контроля социальной сферы,
торговли и непроеизводственных услуг ФАС России,
117997, Россия, г. Москва, Стремянный пер., д. 36,
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Comment on the Article “Retail vs. Marketplace”²

Mikhail S. Gulenkov,

candidate of law, trainer Plekhanov Russian University of Economics,
Head of Trade Division, Social, Trade and Non-Production Services
Control Department FAS Russia,
Stremyanny lane, 36, Moscow, 117997, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11, Moscow, 125993, Russia

Актуальность изучения взаимодействия традиционного ретейла и хозяйствующих субъектов, реализующих продукцию через маркетплейс, сегодня во многом определяется тем влиянием на тенденции развития интернет-торговли, которое оказывает сегодня на мировую и российскую экономику распространение новой коронавирусной инфекции, вызванной 2019-nCoV.

Автором статьи обоснованно выделены проблемы, обусловленные особенностями положения на товарном рынке хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю посредством онлайн-платформ и традиционного ретейла.

Вместе с тем большего внимания заслуживает тот факт, что особенности антимонопольного регулирования деятельности торговых сетей, осуществляющих розничную реализацию продовольственных товаров, а также особенности их (в первую очередь крупнейших, так называемых федеральных торговых сетей) положения на рынке делают неприменимыми некоторые из рассмотренных автором подходов к разрешению противоречий между ретейлом и маркетплейсом, осуществляющим розничную торговлю продовольствием.

Антимонопольные требования к торговым сетям, осуществляющим розничную реализацию продовольственных товаров, и к поставщикам продовольственных товаров установлены в том числе ст. 13 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах

¹ Настоящий комментарий отражает личное мнение автора.

² This comment reflects the author's personal opinion.

государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о торговле).

Пункт 6 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле устанавливает запрет для торговых сетей, осуществляющих розничную реализацию продовольственных товаров, и поставщиков продовольственных товаров на заключение договора, содержащего условие о возврате поставщику продовольственных товаров, на которые срок годности установлен до тридцати дней включительно, либо о замене товаров на такие же товары, либо о возмещении их стоимости, за исключением случаев, если иное допускается или предусмотрено законом.

Соответственно, описанный автором подход, заключающийся в том, что при поставках одним и тем же поставщиком одного и того же товара ретейлу и маркетплейсу ретейл, в случае установления маркетплейсом заниженных розничных цен на товар, может вступить в переговоры с поставщиком с целью возврата товаров, неприменим к взаимоотношениям субъектов торговли продовольственными товарами, поскольку подобные действия могут привести к нарушению п. 6 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле.

Кроме того, значительная часть приведенных автором способов решения проблем во взаимоотношениях между ретейлом и маркетплейсом исходит из наличия у поставщика товаров или дистрибьютора доминирующего либо условно доминирующего положения, в связи с чем ретейл находится в состоянии рыночной зависимости от него.

Специфика рынка торговли продовольственными товарами заключается в том, что в подавляющем большинстве случаев поставщики продовольственных товаров находятся в состоянии рыночной зависимости от торговых сетей (данная проблема особенно актуальна для поставщиков скоропортящихся продовольственных товаров).

При этом антимонопольные требования к участникам рынка торговли продовольственными товарами, установленные в том числе ст. 13 Закона о торговле, закрепляют для торговых сетей и поставщиков запрет на совершение определенных действий и не предусматривают необходимости установления факта наличия у хозяйствующего субъекта доминирующего положения.

Таким образом, описанные автором проблемы, связанные с доминированием либо условным доминированием поставщиков, в частности с установлением для ретейла рекомендованных розничных цен, навязыванием со стороны поставщика невыгодных условий договора, не представляются актуальными применительно к рассмотрению вопросов взаимоотношений ретейла и маркетплейса в случае осуществления ими торговли продовольственными товарами.

Поскольку изучение данной проблематики имеет большое значение для поддержания баланса интересов участников рынка розничной торговли, считаем полезным проведение углубленного исследования взаимоотношений ретейла и маркетплейса, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами. ■

УДК: 34.
БАК: 12.00.07
ГРНТИ: 10.23.43
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-52-59>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper¹

Маслов А.О.

МГЮА им. О.Е. Кутафина,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

Аннотация

Цифровые платформы приобретают все большую популярность с ростом процента онлайн-торговли в гражданском обороте. Как следствие, суды и антимонопольные регуляторы по всему миру все чаще сталкиваются с необходимостью применения норм антимонопольного законодательства к цифровым платформам. И каждый раз это вызывает ряд интересных вопросов практического и теоретического характера.

Когда в антимонопольных делах речь идет о цифровых платформах, то возникают сложности с определением продуктовых и географических границ товарного рынка, на котором действует цифровая платформа.

В мае 2019 г. Верховный суд США вынес решение по спору между группой пользователей iPhone и компанией Apple Inc. Группа независимых пользователей iPhone обратилась в суд, утверждая, что компания Apple монополизирует рынок приложений для iPhone путем установления монопольно высоких цен в магазине приложений App Store.

Данное решение представляет определенный интерес для конкурентного права. При анализе фактических обстоятельств дела возникают следующие вопросы. Является ли App Store цифровой платформой? Можно ли говорить о том, что App Store является самостоятельным товарным рынком? Если App Store является самостоятельным товарным рынком, то каковы его продуктовые и географические границы?

Однако ВС США в своем решении не дает ответов на указанные вопросы. Очевидно, у суда были на это веские причины. Проанализируем указанное решение ВС США детальнее и постараемся найти ответы на вопросы, которые ВС США оставил без ответов.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, конкурентное право, цифровые платформы, цифровая экономика, цифровые рынки, двусторонние платформы, двусторонние рынки, сетевые эффекты, дело Apple.

Для цитирования: Маслов А.О. Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 52–59. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-52-59>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-311-90069.

Antitrust and Digital Platforms in Competition Law: Apple Inc. v. Pepper Case²

Anton O. Maslov,

Kutafin Moscow State Law
University,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

Digital platforms are getting more general because of growing the level of online commerce. As a result, courts and antimonopoly regulators around the entire world face with the issues of applying antitrust rules to digital platforms. And each time it raises a number of interesting questions from the practical and theoretical point of view. In antitrust cases it's difficult to define the product and geographic boundaries of the market where digital platforms operate.

In 2019 the US Supreme Court decide a case between a group of iPhone users and Apple Inc. iPhone users filed a lawsuit against Apple Inc. claiming that Apple had unlawfully monopolized market for the sale of apps by charging consumers higher than competitive prices.

US Supreme Court's judgment in Apple v Pepper is really crucial for competition law, indeed. During analyzing the case, the following questions arise. Whether the «App Store» is a digital platform or not? Whether the «App Store» is a product market or not? If the «App Store» is a product market, what way should we determine geographic boundaries of this market?

However, US Supreme Court's judgment in Apple v Pepper does not provide us with answers to these questions. Obviously, the court had good reasons for this. Let's analyze this judgment and try to find answers to the questions that the US Supreme Court left opened.

Keywords: *antitrust, competition law, digital platforms, digital economy, digital markets, two-sided platforms, two-sided markets, network effects, Apple Inc. v. Pepper case.*

For citation: Maslov A.O. Antitrust and digital platforms in competition law: Apple Inc. v. Pepper case // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 52–59, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-52-59>

The author declare no conflict of interest.

Введение

В настоящее время в России и в мире остро стоит проблема антимонопольного регулирования деятельности цифровых платформ.

Цифровые платформы стирают физические границы между пользователями, поскольку платформы существуют в интернет-пространстве. По этой причине с помощью платформы пользователи могут взаимодействовать друг с другом, находясь на разных концах земного шара.

² The reported study was funded by RFBR, project number 20-311-90069.

Трансформация экономики привела к появлению цифровых платформ, которые стремительно экспансируют свою рыночную долю на различных рынках. Цифровые платформы начинают занимать доминирующее положение на товарных рынках и совершать действия по злоупотреблению своей рыночной властью. Форма злоупотреблений со стороны цифровых платформ постоянно меняется, а нормативная база не всегда может быстро на них реагировать.

Цифровые платформы приобретают все большую популярность с ростом процента онлайн-торговли в гражданском обороте. Суды и антимонопольные регуляторы по всему миру все чаще сталкиваются с необходимостью применения норм антимонопольного законодательства к цифровым платформам. И каждый раз это вызывает ряд интересных вопросов практического и теоретического характера.

Так, в мае 2019 г. Верховный суд США (далее — ВС, ВС США) вынес решение по спору между группой пользователей iPhone и компанией Apple Inc.³. Данное дело имеет длительную историю и берет свое начало в 2011 г. [1]. Группа независимых пользователей iPhone обратилась в суд, утверждая, что компания Apple монополизировала рынок приложений для iPhone путем установления монопольно высоких цен.

Один из ключевых вопросов в данном деле — является ли App Store, онлайн-магазин приложений для мобильных устройств Apple, цифровой платформой или нет? Также важным является вопрос о товарном рынке, на котором действует компания Apple через платформу App Store.

Однако ВС США в своем решении не дает ответов на указанные вопросы. Очевидно, у суда были на это веские причины. Проанализируем указанное решение ВС США детальнее и постараемся найти ответы на вопросы, которые ВС США оставил без внимания.

1. Фактические обстоятельства дела Apple Inc. v. Pepper

Каждый телефон iPhone имеет предустановленное приложение App Store. С помощью App Store владельцы мобильных устройств Apple могут устанавливать другие приложения.

На 2019 г. в App Store насчитывалось порядка 2 млн приложений для iPhone.

В силу ограничений технического и договорного характера владельцы телефонов iPhone могут легально устанавливать приложения на свои устройства исключительно через App Store.

Большинство приложений в App Store разрабатывают сторонние разработчики, а не компания Apple (далее — Компания, Apple). Чтобы сторонний разработчик смог размещать свое приложение в App Store, ему необходимо заключить соглашение с Apple и уплатить взнос в размере 99\$. В дальнейшем указанный взнос является ежегодным.

Ряд приложений в App Store предоставляется владельцам телефонов iPhone бесплатно, а для установки некоторых приложений пользователю необходимо заплатить определенную цену. Цены на приложения устанавливают разработчики. Apple не оказывает воздействие на ценообразование приложений. Однако при установлении цен на приложения разработчики связаны условием договора с Компанией, согласно которому цена на каждое приложение должна округляться до \$0.99.

Когда пользователь iPhone приобретает приложение стороннего разработчика, то стоимость приложения поступает на счет компании Apple. 30% из указанной суммы Apple оставляет себе в качестве комиссии, а 70% перечисляет разработчику приложения.

В договоре со сторонними разработчиками приложений для iPhone Компания устанавливает запрет на продажу приложений на иных ресурсах, кроме App Store.

2. Позиция истцов

Группа независимых пользователей iPhone обратилась в суд, утверждая, что Apple монополизировала рынок приложений для iPhone путем установления монопольно высоких цен. Истцы утверждали, что Компания ограничивает пользователей iPhone в возможности приобретать приложения на иных ресурсах, кроме App Store. Из-за этого ограничения пользователи iPhone вынуждены платить комиссию в размере 30% от стоимости каждого приложения.

По мнению истцов, если бы рынок приложений на iPhone находился бы в условиях конкуренции и у владельцев iPhone был бы выбор между несколькими онлайн-магазинами, то компания Apple не смогла бы взимать комиссию в размере 30% от стоимости каждого приложения⁴.

Истцы требовали компенсации убытков в тройном размере (*treble damages*).

3. Позиция ответчика

Компания Apple апеллировала к тому, что пользователи iPhone не имеют права на иск, так как они не являются прямыми покупателями Компании. Иными словами,

³ Apple Inc. v. Pepper (2019) // https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-204_bq7d.pdf

⁴ Oral argument transcript. P. 32, 38 // https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2018/17-204_32q3.pdf

Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper

компания Apple утверждала, что пользователи iPhone приобретают приложения у разработчика, а не у Apple. Также Компания утверждала, что цены на приложение устанавливает разработчик. Компания не оказывает влияния на формирование цены, по которой разработчик приложения планирует его продавать в App Store.

4. Позиция нижестоящих судов

Районный суд (*district court*) встал на сторону Apple, указав следующее [2]. В данном деле иск могут предъявить только прямые покупатели, которые непосредственно несут издержки в виде монопольно высокого размера комиссии. Суд пришел к выводу, что комиссию уплачивают разработчики приложений из суммы, которая им причитается после приобретения приложения. Соответственно, именно разработчики могут обращаться с требованием о взыскании убытков.

Девятый областной апелляционный суд (The Ninth Circuit Court of Appeals) отменил решение районного суда, указав, что пользователи имеют право на иск о взыскании убытков.

5. Позиция Верховного суда США

Верховный суд США пришел к выводу, что пользователи iPhone приобретают приложения непосредственно у Apple и уплачивают комиссию, то есть являются прямыми покупателями Компании⁵. Соответственно, исходя из толкования норм акта Шермана (Sherman Act) и акта Клейтона (Clayton Act), пользователи iPhone имеют право на прямой иск к компании Apple.

Также ВС указал, что Apple монополизировала рынок приложений для iPhone и устанавливает монопольно высокие цены на приложения для iPhone.

6. Цифровые платформы

Один из ключевых вопросов в настоящем деле — являются ли онлайн-магазины приложений для мобильных устройств цифровыми платформами или нет? Однако ВС не дает на этот вопрос ответа. ВС уклонился от анализа App Store на предмет наличия признаков цифровой платформы.

В решении ВС лишь указал, что онлайн-магазины приложений для мобильных устройств являются ретейлерами. В связи с чем данное решение получило ряд критических замечаний среди представителей американского антимонопольного сообщества, которое ожидало от ВС детального исследования указанного вопроса [3].

В действительности App Store является двусторонней цифровой платформой, которая одновременно оказывает услуги двум категориям потребителей:

1. Разработчикам приложений, которые заключают соглашение с Компанией на право продавать через App Store свои приложения.

2. Владельцам iPhone, которым Компания предоставляет возможность приобретать различные приложения через App Store.

Услуга Apple заключается в предоставлении возможности покупателям приобрести приложение, а разработчикам — продать его на цифровой платформе App Store.

App Store является транзакционной цифровой платформой, на которой участники со стороны спроса и предложения совершают сделки друг с другом.

Соответственно, указанные категории потребителей зависят от платформы, поскольку только через App Store они могут взаимодействовать друг с другом путем совершения сделок купли-продажи приложений.

Примером транзакционных цифровых платформ также являются платформы Ebay и Amazon. На указанных цифровых платформах продавцы и покупатели совершают напрямую друг с другом сделки купли-продажи, используя платформу как инфраструктуру для взаимодействия. Аналогично в качестве примера транзакционных платформ можно выделить цифровые платформы, которые предоставляют услуги информационного взаимодействия водителей такси и потребителей: Uber, Yandex.

На транзакционной цифровой платформе присутствует сильный симметричный косвенный сетевой эффект как на стороне спроса, так и на стороне предложения. Иными словами, участники транзакционной платформы получают выгоду от присутствия друг друга на рынке. По этой причине количество потребителей на каждой стороне транзакционной цифровой платформы зависит от количества потребителей на другой стороне платформы.

Соответственно, чем больше разработчиков предлагает качественные приложения, тем больше потребителей со стороны спроса начинает использовать платформу App Store. В свою очередь, чем больше потребителей присоединяется к платформе и начинает совершать транзакции, тем больше разработчиков начинает предлагать свои приложения на платформе.

7. Вопрос о «прямом» покупателе

Компания Apple заняла достаточно формальную процессуальную позицию, которая сводилась к следующему⁶. Компания утверждала, что она не устанавливает цену на приложения и не продает их конечному потребителю, а лишь взимает комиссию. Приложения продает разра-

⁵ Apple Inc. v. Pepper. P.9 // https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-204_bq7d.pdf

⁶ Apple Inc. v. Pepper. P. 10.

ботчик, который и устанавливает цену. Соответственно, Компания не является продавцом, и к ней нельзя предъявлять иск. Надлежащим же ответчиком по иску являются разработчики приложений.

ВС США критически оценил данную процессуальную позицию. ВС указал, что по факту Apple выступает как ретейлер⁷, то есть осуществляет продажу приложений на розничном рынке. Ретейлер может использовать разные бизнес-модели получения прибыли от продажи товара.

В частности, ретейлер может приобретать товар у поставщика, а после перепродавать его со своей наценкой (*markup pricing model*). Также ретейлер может продавать товар поставщика на своей платформе, взимая с него комиссию за свои услуги (*commission pricing model*).

По мнению ВС США, с экономической точки зрения эти две модели абсолютно одинаковы для ретейлера, производителя и конечного покупателя. Соответственно, если ретейлер устанавливает монопольно высокую цену, то покупатели имеют все законные основания для предъявления к нему исков. Право покупателей на иск к ретейлеру-монополисту не зависит от бизнес-модели, которую ретейлер использует для взаимоотношения с поставщиками.

Компания Apple не смогла представить суду убедительных доводов относительно того, почему в случае комиссионной бизнес-модели покупатели не могут предъявить свои требования к ретейлеру-монополисту.

Интересно, что Компания в своей позиции указывала следующее. Если покупателям предоставить право на иск о взыскании убытков, то это приведет к тому, что как покупатели, так и разработчики приложений смогут предъявлять иски к Apple на одном и том же основании.

ВС США не согласился с указанным доводом. ВС указал, что если монополистические действия компании Apple привели к возникновению убытков и у покупателей, и у разработчиков, то обе стороны могут обратиться в суд с соответствующими компенсационными требованиями.

8. Вопрос о границах товарного рынка и доминирующем положении

Верховный суд указал, что компания Apple монополизирует рынок приложений для iPhone и устанавливает на них монопольно высокие цены.

Однако в решении нет упоминания о том, как суд проводил анализ товарного рынка и каковы его границы.

Как мы уже выяснили, App Store — транзакционная цифровая платформа, которая оказывает услуги покупателям и разработчикам приложений для устройств Apple.

Профессор Л. Филистручи считает, что при транзакционном типе цифровой платформы необходимо рассматривать обе стороны в качестве участников единого рынка⁸. На транзакционной цифровой платформе присутствует сильный симметричный косвенный сетевой эффект как на стороне спроса, так и на стороне предложения. Участники транзакционной платформы получают выгоду от присутствия друг друга на рынке. По этой причине количество потребителей на каждой стороне транзакционной цифровой платформы зависит от количества потребителей на другой стороне. Соответственно, чем больше продавцов предлагает качественный товар, тем больше потребителей со стороны спроса присоединяется к платформе. В свою очередь, чем больше потребителей присоединяется к платформе и начинает совершать транзакции, тем больше продавцов начинает свою деятельность на платформе.

Таким образом, транзакционная цифровая платформа может существовать лишь при наличии как минимум двух категорий потребителей: участников со стороны спроса и предложения. Ведь платформы App Store, Ebay, Amazon, Uber не смогут функционировать, если рынок покинет хотя бы одна из сторон: потребители или продавцы.

Крис Пайк считает, что, когда речь идет о транзакционных цифровых платформах, продуктовые границы рынка нужно определять по сделке (транзакции), которая совершается на платформе между двумя сторонами⁹. Иными словами, возможность совершить сделку является товаром на транзакционной платформе. Эту позицию также поддерживает профессор Л. Филистручи [4].

Транзакционная платформа выступает в роли инфраструктуры для взаимодействия между пользователями. Участникам на стороне спроса платформа предоставляет возможность приобрести товар (услугу), а участникам на стороне предложения — продать товар (оказать услугу). Соответственно, для каждой из сторон транзакционной платформы возможность заключить сделку является одним и тем же товаром, который предлагает цифровая платформа.

В свою очередь, в настоящем деле по продуктовым границам товарный рынок может быть определен как рынок приложений для техники Apple.

Как было указано выше, разработчик может продать, а покупатель приобрести приложение только на платформе App Store. Ни у покупателей, ни у разработчиков нет возможности переключиться на другую платформу.

⁸ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. P. 13 // URL: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (Дата обращения: 13.03.2019).

⁹ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. P. 12 // URL: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (Дата обращения: 13.03.2019).

⁷ Apple Inc. v. Pepper. P. 8.

Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper

Следовательно, географические границы товарного рынка в данном деле необходимо определять по цифровой платформе App Store.

Иными словами, цифровая платформа App Store является товарным рынком, на котором присутствуют следующие категории участников:

- владельцы техники Apple, которые покупают приложения;
- разработчики приложений, которые предлагают свои приложения к продаже;
- компания Apple, которая фактически продает приложения владельцам техники Apple, обеспечивает взаимодействие между разработчиками и покупателями, позволяя им совершать сделки.

Из протокола судебного заседания видно, что судья Робертс считает, что компания Apple действует на двустороннем рынке и на обеих сторонах рынка занимает доминирующее положение¹⁰.

Как мы выяснили, на платформе App Store покупатель приобретает приложение не у разработчика, а у Apple. Именно Компании покупатель уплачивает стоимость приложения, а Apple впоследствии перечисляет денежные средства разработчику, оставляя себе 30% комиссию.

Таким образом, в границах указанного товарного рынка доля компании Apple равна 100%. Соответственно, на рынке приложений для мобильных устройств Apple Компания занимает доминирующее положение.

9. Вопрос о монопольно высокой цене

Характерной чертой двусторонних интернет-платформ с косвенным сетевым эффектом является установление асимметричных цен для разных категорий потребителей¹¹. Одной группе потребителей может быть предложена меньшая цена за право использовать платформу. Это приводит к тому, что потребителям с одной стороны рынка предоставляется право использовать платформу безвозмездно. В то время как одна группа потребителей использует платформу бесплатно, участники с другой стороны рынка должны предоставить владельцу цифровой платформы плату за ее использование.

С одной стороны, может показаться, что владельцам iPhone компания Apple предоставляет безвозмездный доступ к платформе App Store. Владельцы iPhone приобретают приложение по цене, которую установил разработчик. Компания Apple взимает комиссию — 30% от стоимости каждого приобретенного приложения — с разработчика, а не с владельцев iPhone.

С другой стороны, разработчик может закладывать в конечную цену приложения свои издержки по оплате комиссии Apple в размере 30% от стоимости каждого проданного через App Store приложения на iPhone. Соответственно, в конечном итоге комиссия компании Apple может ложиться на плечи потребителей — владельцев iPhone.

ВС пришел к выводу, что монопольно высокой ценой является 30% комиссия компании Apple, которую владельцы iPhone напрямую платят Компании как продавцу приложений. Именно 30% комиссия является убытком покупателей приложений.

Данный вывод ВС США обоснован, т. к. допустимо предположить, если бы у пользователей iPhone была альтернатива, то компания Apple не смогла бы навязывать разработчикам приложений комиссию в размере 30%.

Более того, ВС указал на презумпцию того, что компания-монополист вынуждает покупателей платить неконкурентную цену. Иными словами, ВС распределил бремя доказывания таким образом, что компания Apple должна была опровергнуть указанную презумпцию и доказать суду, что ее действия по установлению 30% комиссии не приводят к возникновению убытков у покупателей.

ВС рассуждает, что у покупателей не будет убытков, а размер комиссии не будет монопольно высоким, если возможна следующая гипотетическая ситуация¹². Размер конкурентной комиссии составляет 10, а не 30%. При 10% комиссии разработчики приложений выстраивают свое ценообразование таким образом, что конечная цена для потребителя остается такой же, как и при 30% размере комиссии.

Однако Компания не смогла убедить суд в возможности существования указанной гипотетической ситуации.

10. Особое мнение

Решение по данному делу вынесено 5 голосами против 4. 5 судей ВС США высказались за право покупателей обращаться к Компании с иском. 4 судей не согласились с позицией своих коллег и подготовили особое мнение.

Судьи указали, что в данном деле монопольно высокой ценой является 30% комиссия¹³. Соответственно, архиважно понимать, кто именно из участников рынка уплачивает комиссию: покупатели, или продавцы, или оба участника рынка. Без ответа на данный вопрос Компания будет поставлена в ситуацию, когда обе стороны рынка смогут предъявить иски на одном и том же основании. Как следствие, это может привести к тому,

¹⁰ Oral argument transcript. P. 34-35 https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2018/17-204_32q3.pdf

¹¹ OECD (2009), Two-Sided Markets. P. 25. (Background note by David Evans) // URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>.

¹² Apple Inc. v. Pepper. P. 13.

¹³ Oral argument transcript. P. 38.

что с Компании в теории могут взыскать гораздо больше, чем она получила от 30% комиссии.

Если комиссию уплачивают покупатели, то разработчики не могут обращаться в суд и требовать убытки, так как они не несут бремя монопольно высокой комиссии. Если же комиссию уплачивают разработчики, то покупатели не могут нести убытки, т. к. комиссия не закладывается в стоимость приложения.

Судьи пришли к выводу, что изначально 30% комиссия ложится на плечи разработчиков приложений. Соответственно, именно они являются надлежащими истцами по иску к Apple.

Покупатели приложений могут являться надлежащими истцами только если доказано, что у каждого разработчика есть возможность переложить 30% комиссию на покупателя путем включения комиссии в цену приложения. Однако ВС не собрал надлежащее количество доказательств, чтобы установить рыночную власть каждого разработчика приложений, порядок ценообразования на их приложения и реальную возможность перекладывать комиссию на покупателей¹⁴.

Более того, возможна ситуация, когда надлежащими истцами могут быть как разработчики приложений, так и их покупатели. Это возможно, когда разработчик перекладывает комиссию частично на покупателей, путем включения в стоимость приложения. Соответственно, в такой ситуации монопольно высокую комиссию платят обе стороны рынка, которые приобретают право на иск об убытках к монополисту.

Судьи обратили внимание на важный факт. Компания обязывает разработчиков приложений устанавливать цены, которые оканчиваются на \$0.99. Данное требование создает для разработчиков препятствия по повышению цен на приложения.

Представим, разработчик хочет установить в App Store цену на приложение, равную \$0.99. Именно с этой суммы разработчику придется заплатить 30% комиссию, равную \$0.3. Следовательно, если разработчик хочет переложить 30% на покупателя, то ему необходимо установить цену, равную \$1.3.

Однако разработчик не может установить в App Store цену в размере \$1.3, т. к. это нарушит условие договора с Apple об округлении всех цен до \$0.99. Соответственно, в описанной ситуации у разработчика есть два варианта:

1. Переложить 30% комиссию на покупателей путем повышения цены до \$1.99 и при этом заплатить комиссию уже не с \$0.99, а с \$1.99.
2. Оставить цену в размере \$0.99 и понести 30% комиссию самостоятельно.

Резонно предположить, что повышение цены до \$1.99 отразится на продажах разработчика и едва ли разра-

ботчик примет решение о повышении цены практически в два раза, чтобы переложить комиссию на покупателей.

Более того, истцы в настоящем деле даже не заявляли о том, что 30% комиссия ведет к повышению цен на приложения¹⁵. Они лишь апеллировали к тому, что 30% комиссия является монопольно высокой и причиняет им убытки, т. к. комиссия включена в цену на приложение.

11. Заключение

В заключение хочется отметить следующее. Тот факт, что решение по делу вынесено 5 голосами против 4, прямо свидетельствует, что итоговые выводы суда носят неоднозначный и спорный характер.

Изначально может показаться, что разработчики несомненно закладывают в конечную цену приложения 30% комиссию. Однако при детальном математическом анализе специфики ценообразования становится ясно, что у разработчиков не всегда есть возможность и экономическая целесообразность включить в цену приложения свои издержки по уплате 30% комиссии.

Стоит согласиться с позицией судей в особом мнении, согласно которой ВС не собрал достаточного количества доказательств, подтверждающих, что разработчики перекладывают комиссию на покупателей приложений. Как следствие, нельзя с высокой степенью обоснованности сделать вывод о наличии у пользователей техники Apple права на иск об убытках к Компании.

Едва ли вызовет сомнение, что онлайн-магазины приложений для мобильных устройств в целом и App Store в частности являются цифровыми платформами.

Вполне обоснованно определять географические границы рынка приложений для мобильных устройств внутри самой цифровой платформы, если приложение для мобильного устройства можно приобрести и продать только на цифровой платформе.

Несомненно, решение по данному делу повлияет на бизнес-модель Компании. Эксперты отмечают, что компания Apple, вероятно, изменит систему взимания комиссии [5]. Потребитель будет уплачивать денежные средства напрямую разработчику приложений, который, в свою очередь, будет переводить 30% комиссию Apple. ■

Литература [References]

1. Konstantinos Stylianou. Apple v Pepper: the unintended fallout in Europe // Journal of Antitrust Enforcement, 2019. P. 1–9.
2. Clayton Antitrust Act and Sherman Antitrust Act — Antitrust Trade and Regulation — Antitrust Standing — Apple Inc. v. Pepper. P. 383—384 //

¹⁴ Apple Inc. v. Pepper. P. 22–23.

¹⁵ Apple Inc. v. Pepper. P. 13.

Антимонопольное регулирование и цифровые платформы: дело Apple Inc. v. Pepper

- https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/11/382-391_Online.pdf
3. Martin Mackowski, Rob McNary, Shaina Vinayek. Apple Inc. v. Pepper: Online App Stores Are Retailers, Whether or Not They Are Platforms/The Antitrust Source. August. 2019; Ryan M. Sandrock. Apple v. Pepper and the Future of the Direct Purchaser Enforcement Regime / Antitrust, Vol. 33, № 2, Spring 2019.
 4. Lapo Filistrucchi. Market Definition in Multi-Sided Markets, 2018 // URL: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)27/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)27/FINAL/en/pdf) (Дата обращения: 13.03.2019).
 5. Michael G. McLellan. You Can't Change Doctrines in Midstream: Apple v. Pepper, Private Antitrust Enforcement, and the Continuing Viability of Illinois Brick's Indirect Purchaser Doctrine. P. 73. Antitrust. Vol. 34. № 1. 2019.

Сведения об авторе

Маслов Антон Олегович: аспирант кафедры конкурентного права МГЮА им. О.Е. Кутафина
E-mail: a.o.maslov96@gmail.com

Правовые последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки

Домбаев С.С.,
Дальневосточный федеральный университет,
МГУ им. М.В. Ломоносова,
690091, Россия, г. Владивосток,
ул. Суханова, д. 8,
119991, Россия, г. Москва,
Ленинские горы, д. 1

Аннотация

В статье рассмотрены юридические последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки, осуществляемой в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223–ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223)¹. Ставятся под сомнение попытки обосновать наличие установленной законом обязанности заказчика заключить договор с победителем конкурентной закупки, обеспеченной возможностью судебного принуждения. В отсутствие такой обязанности заказчика предлагается рассмотреть доступный победителю закупки инструментарий по защите своих интересов. Вместе с тем приводится вывод о недостаточности предлагаемых действующим законом мер защиты интересов победителя закупки, их несоответствие публично-правовому характеру отношений в сфере корпоративных закупок. Предлагается внести изменения в Закон № 223, устраняющие указанные несоответствия.

Ключевые слова: конкурентные закупки, корпоративные закупки, отказ от заключения договора, торги, гражданско-правовой договор, Закон № 223, сфера закупок, положение о закупках.

Для цитирования: Домбаев С.С. Правовые последствия отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 60–68. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-60-68>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

¹ СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571.

Legal Consequences of Refusal of Public Procurement Authority to Conclude the Contract With the Winner of the Competitive Procurement Procedure

Salambek S. Dombaev,

Far Eastern Federal University,
Lomonosov Moscow State
University,
Sukhanova str., 8, Vladivostok,
690091, Russia
Leninskie Gory, 1, Moscow,
119991, Russia,

Abstract

This article proposes to consider the debatable question regarding the legal consequences associated with the refusal of public procurement authority to conclude an agreement with the winner of the competitive procurement procedure conducted in accordance with the Federal Law dated 18.07.2011 No. 223 — FZ “On the procurement of goods, work, services by certain types of legal entities” (hereinafter — “Law No. 223”, the Law on Corporate Procurement). The article doubts the attempts to justify from the current legislation standpoint the existence of the obligation of the public procurement authority to conclude an agreement with the winner of the competitive procurement procedure provided with the possibility of judicial enforcement. In the absence of such an obligation, the author suggests to review the legal measures available to the winner of the competitive procurement procedure in order to protect its interests. At the same time, the article states that such measures are insufficient to the best interests of the winner of the competitive procurement procedure and does not comply with the public nature of relations in the field of corporate procurement. It is proposed to amend the Law on Corporate Procurement to eliminate these inconsistencies.

Keywords: *competitive procedures, corporate procurement, contract, public procurement, refusal to conclude the contract, Federal Law No. 223-FZ, procurement sphere, procurement policy.*

For citation: Dombaev S.S. Legal consequences of refusal of public procurement authority to conclude the contract with the winner of the competitive procurement procedure // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 60–68, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-60-68>

The author declare no conflict of interest.

Реформа законодательства о корпоративных закупках², ознаменовавшаяся принятием Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 505-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³, расширила рамки законодательного регулирования в данной сфере. До тех пор пре-
валировал децентрализованный подход, предполагавший практически полную само-
стоятельность заказчиков в сфере установления правил закупочных процедур. По-
ложения Закона о корпоративных закупках — базового нормативного акта в сфере
корпоративных закупок — в прежней редакции содержали нормы-принципы, а непо-
средственное регулирование закупочных процедур закреплялось в локальных право-

² Под корпоративными закупками автор понимает закупки отдельными видами юридических лиц, об-
щие принципы и правила осуществления которых установлены ФЗ № 223.

³ СЗ РФ. 2018. № 1 (ч. I). Ст. 89.

вых актах заказчиков — положениях о закупках. Нельзя не отметить, что подобный подход, с одной стороны, способствовал широкой дискреции со стороны локального правотворчества, породившей многообразие форм закупочных механизмов, зачастую весьма необычных и заслуживающих внимания, с другой — все более явно контрастировал с императивными методами регулирования в смежной сфере государственного и муниципального заказа⁴.

В результате реформы Закон о корпоративных закупках значительно увеличился в объеме за счет детализации правил регулирования, особенно в части, касающейся стадии осуществления закупок, что способствовало сближению нормативного регулирования корпоративных закупок и законодательства о контрактной системе.

Одной из ключевых новелл новой редакции Закона о корпоративных закупках является разделение **закупок** на конкурентные и неконкурентные (ч. 2 ст. 3 Закона № 223). Семантически схожую, но иным образом сформулированную норму, касающуюся классификации закупок, можно найти и в ФЗ № 44 (далее — Закон № 44), где устанавливается, что заказчик может использовать конкурентные *способы определения поставщика* либо осуществляет закупку у единственного поставщика (ч. 1 ст. 24 Закона № 44).

Конкурентные закупки, по мысли законодателя, являются той сферой, в которой в наибольшей степени выражены основные задачи государственного регулирования корпоративных закупок юридических лиц с государственным участием — процедура выбора на конкурентной и недискриминационной основе исполнителя (поставщика, подрядчика) по конкретной закупке, направленной на удовлетворение потребностей заказчика в поставке товаров, выполнении работ, оказании услуг [1]. Вместе с тем при наличии детального регулирования вопроса определения лица, с которым заказчик планирует заключить договор, законодательство о корпоративных закупках не содержит однозначного регулирования отношений, связанных с порядком заключения договора юридическими лицами с государственным участием.

Для признания закупки конкурентной в соответствии с Законом о корпоративных закупках требуется соблюдение одновременно следующих условий: 1) размещение информации о закупке в Единой информационной системе (далее — ЕИС) или направление такой информации потенциальным участникам закрытой закупки; 2) обеспечение конкуренции между участниками за право заключить договор с заказчиком в процессе осуществления

закупки; 3) описание предмета закупки с соблюдением правил, предусмотренных Законом № 223 (ч. 3 ст. 3).

По общему правилу конкурентные закупки могут осуществляться двумя способами: 1) *в форме торгов* — это различные вариации четырех закупочных процедур: конкурс, аукцион, запрос котировок, запрос предложений; 2) *иными способами*, установленными положением о закупках заказчика, и соответствующими вышеуказанным критериям конкурентной закупки (ч. 3² ст. 3 Закона № 223). Установление иных способов конкурентной закупки находится в сфере абсолютной дискреции заказчика, поэтому перечень таких способов является открытым. В качестве примеров можно назвать процедуры конкурентного отбора, запроса цен, маркетингового исследования, запроса ofert и пр.

В рамках настоящей статьи мы будем исследовать только те конкурентные закупки, в процессе осуществления которых произошел торг (в широком смысле этого слова) между несколькими участниками закупки и был определен победитель. Согласно устоявшейся в практике терминологии такие закупки принято именовать состоявшимися в противовес несостоявшимся закупкам, в которых отсутствовала *реальная* состоятельность после этапа допуска участников к торгу (отсутствие допущенных участников, отказ в допуске всем участникам, допуск только одного участника). По нашему мнению, заказчику во всех случаях, когда закупка признана несостоявшейся, должно, как минимум, предоставляться право переобъявления конкурентной закупки на изначальных или скорректированных условиях, поскольку цель конкурентной закупки не достигнута: ввиду отсутствия состязательного элемента — борьбы нескольких участников — заказчику не гарантировано получение лучших условий договора. Как максимум, у него должно также сохраняться *право* заключить договор с единственным допущенным к торгам участником.

Поскольку в законодательстве о корпоративных закупках, в отличие, например, от законодательства о контрактной системе в сфере закупок (ст. 55 Закона № 44 и др.), отсутствуют нормы, закрепляющие обязанность для заказчика заключать договор с единственным участником конкурентной закупки, его право на отказ от заключения договора в такой ситуации не должно ставиться под сомнение. О верности такого суждения косвенно позволяют судить и нормы ГК РФ, касающиеся порядка заключения договоров на торгах. Так, в соответствии со ст. 447 ГК РФ договор заключается с лицом, *выигравшим* торги, а торги, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. Наряду с этим в ст. 448 ГК РФ используется термин «*победитель*» торгов, с которым организатор торгов в ряде случаев обязан заключить договор. Спрашивается, у кого выиграл и кого *победил* в торге единственный заявившийся на них участник? Соревновательный принцип, заложенный

⁴ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства Российской Федерации 2013. № 14. Ст. 1652 [Электронный ресурс]: официальный сайт. Электрон. дан. URL://www.szrf.ru/szrf/index.phtml?md=1 (Дата обращения: 22.06.2020).

в этимологию обоих понятий, собственно, ради которого торг учреждается, не находит своего воплощения в ситуации несостоявшихся торгов. Здесь нельзя не согласиться с О.А. Беляевой, справедливо указывающей, что состязательность является конститутивным признаком любых торгов и конкурентных процедур, а при ее отсутствии последние утрачивают всякий смысл [2].

Актуальность обозначенного вопроса обусловлена отсутствием в специальном законодательстве о корпоративных закупках норм, опосредующих отношения, связанные с порядком заключения договора и основаниями для отказа заказчика от его заключения. Несмотря на указанную выше тенденцию детализации законодательного регулирования корпоративных закупок, вопрос о порядке заключения и исполнения договора остается урегулированным лишь на уровне положения о закупках заказчика (ч. 2 ст. 2 ФЗ № 223), что, очевидно, не способствует единообразной практике применения соответствующих норм права. Такой подход к регулированию таит в себе серьезные риски для потенциальных участников закупок, связанные с неопределенностью нормативных требований в отношении порядка заключения договоров.

В отсутствие специального регулирования на уровне Закона о корпоративных закупках поиск ответа на поставленный вопрос необходимо искать в общих положениях гражданского законодательства.

По общему правилу нельзя принудить лицо к заключению договора — это важнейшее следствие действия принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Отказ от заключения договора является естественным продолжением реализации данного принципа на практике. Однако по мере развития оборота, усложнения структуры общественных отношений принцип свободы договора как безусловная максима в сфере взаимодействия формально равных субъектов теряет свое абсолютное значение.

Закрепленные в нормах договорного права различного рода ограничения указывают на наличие пределов свободы договора, которые, по мнению М.И. Брагинского, преследуют вполне определенные цели. Это, во-первых, защита слабой стороны, которая начинается со стадии заключения договора и завершается его исполнением и ответственностью за нарушение, во-вторых, это защита интересов кредиторов, угроза которым может оказать разрушительное влияние на гражданский оборот, в-третьих, защита интересов государства, в концентрированном виде выражающего интересы общества [3].

В этой связи произвольный отказ одной из сторон от заключения договора может по-разному расцениваться правом порядком, в зависимости от тех последствий, которые несут такие действия для стабильности оборота и публичных интересов: от полной юридической индифферентности до принуждения к заключению договора в судебном порядке.

Безусловно, принуждение к заключению договора в судебном порядке (п. 4 ст. 445 ГК РФ) является мерой чрезвычайной для регулирования гражданско-правовых отношений. Гражданское законодательство указывает лишь на две ситуации, когда такая мера имеет применение: когда обязанность заключения договора прямо установлена **законом** либо вытекает в силу **добровольно принятого обязательства** (ст. 421 ГК РФ). В качестве примера первой можно привести публичный договор (ст. 426 ГК РФ). Пример второй — обязательства сторон, возникающие в результате заключения ими предварительного договора (ст. 429 ГК РФ).

Между двумя крайними мерами правового регулирования отношений (отсутствие всяких юридических последствий и принуждение к заключению договора) находится промежуточный механизм защиты интересов лица, понесшего негативные последствия в результате отказа потенциального контрагента от заключения договора.

Так, например, в ст. 434¹ ГК РФ указывается, что незапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, когда другая сторона переговоров не могла этого ожидать, является тем обстоятельством, которое законодатель связывает с наступлением неблагоприятных последствий для действующей недобросовестно стороны переговоров. В качестве правовых последствий потерпевшей стороне предоставляется право требовать возмещение убытков по правилам деликтной ответственности (ч. 8 ст. 434¹ ГК РФ). Контрастности ситуации придает то обстоятельство, что Закон о корпоративных закупках приводит вполне конкретные правовые последствия для обратного случая — уклонения (отказа) победителя закупки от заключения договора: а) ему не возвращается обеспечение заявки на участие в конкурентной закупке (ч. 26 ст. 32 Закона № 223); б) сведения о нем направляются в ФАС России для включения в реестр недобросовестных поставщиков (ч. 2 ст. 5 ФЗ № 223). Причем по умолчанию закона такие последствия для уклонившегося победителя закупки наступают вне зависимости от того, в какой форме осуществлялась конкурентная закупка (торги или иной способ).

С учетом сказанного необходимо установить, по какой из указанных моделей регулирования предлагает действовать законодатель в случае отказа заказчика от заключения договора с победителем конкурентной закупки. Иными словами, существует ли установленная в соответствии со ст. 421 ГК РФ обязанность для заказчика заключить договор с применением последствий, указанных в ст. 445 ГК РФ (принуждение к заключению договора в судебном порядке), в случае отказа, либо закон связывает с последним наступление иных последствий для заказчика?

Для ответа на поставленный выше вопрос вернемся к предлагаемой Законом о корпоративных закупках классификации конкурентных закупок: торги и иные

способы, отвечающие критериям конкурентной закупки. Практический смысл введения подобной классификации конкурентных закупок, очевидно, кроется в намеренном акценте на *торгах* как процедуре заключения договора, нашедшей отдельное нормативное регулирование в гражданском законодательстве (ст. 447—449 ГК РФ). Несмотря на то что многие процедурные нормы гражданского кодекса, посвященные торгам, скорректированы Законом о корпоративных закупках⁵, весьма важное практическое значение имеет норма, закрепленная в абз. 3 п. 6 ст. 448 ГК РФ, которая предусматривает, что, если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, при уклонении организатора торгов от подписания протокола победитель торгов вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения.

В соответствии с правилами юридической герменевтики санкция приведенной выше правовой нормы в виде предоставления *победителю* торгов определенного способа защиты своих прав применяется при одновременном соблюдении условий, сформулированных в гипотезе нормы, а именно: а) заключение договора с победителем было возможно *только путем проведения торгов*; б) такая обязанность должна следовать для организатора торгов (заказчика) из прямого предписания нормы *закона*.

Отвечают ли конкурентные закупки, осуществляемые в соответствии с ФЗ № 223 в форме торгов, требованиям п. 6 ст. 448 ГК РФ?

В доктрине и практике имеется несколько взглядов относительно данного вопроса. Так, Ф.А. Тасалов отмечает, что гражданское законодательство содержит однозначный запрет на произвольный отказ заказчика от заключения договора по итогам торгов, предусматривает ответственность за такой произвольный отказ (ст. 447, 448 ГК РФ), хотя нормы Закона № 223-ФЗ и не содержат прямого указания на необходимость заключения заказчиком договора по итогам конкурентной закупки [4]. Схожая позиция формируется антимонопольной и судебной практикой. Например, в одном из судебных дел по оспариванию решений антимонопольных органов суды, соглашаясь с доводами последних, отмечали, что для корпоративного заказчика, исходя из толкования норм 447, 448 ГК РФ, следует обязанность по заключению договора с победителем конкурентной закупки. Причем в данном конкретном случае суды подошли к толкованию норм гражданского законодательства расширительно, указав, что «положения ГК РФ, регулирующие проведение торгов, в полной мере применяются к иным торгово-закупочным процедурам, основанным

на конкурентном отборе контрагента, предложение которого в наибольшей степени удовлетворяет потребностям заказчика»⁶. Несмотря на то что не удалось найти ни одного судебного дела, в котором в качестве предмета иска заявлялись бы требования к заказчику о понуждении к заключению договора с победителем конкурентной закупки, представляется верным, что органы государственной власти, констатируя наличие у заказчика обязанности по заключению договора с победителем закупки, подразумевали именно обязанность, обеспеченную возможностью судебного принуждения (ч. 6 ст. 448 ГК РФ, ч. 4 ст. 445 ГК РФ).

Следует отметить, что такие суждения базируются на ложном предположении, что обязательность заключения договора с победителем, обеспеченная силой судебного принуждения, является конститутивной характеристикой всяких торгов. В такой логике следовало бы признать рудиментарным наличие нормы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, которая указывает как раз на то, что такая обязанность *является скорее исключением, нежели общим правилом*.

Та часть судебного решения, в которой контрольный орган и суд обосновывают обязательность для корпоративного заказчика заключения договора с *единственным участником* конкурентной закупки (неверно называемым *победителем*), не имеет под собой никаких правовых оснований, следующих из буквы закона, и идеологических предпосылок, которые бы вытекали из его духа. Представляется, что государственные органы, разрешая спорную ситуацию, в отсутствие прямой нормы, регулирующей отношения, предприняли попытку пойти путем применения норм ФЗ № 44 по аналогии. Как было показано выше, такой подход не соотносится с constitutive природой торгов и вряд ли может являться эффективным инструментом правового регулирования сферы корпоративных закупок.

Принципиально иного подхода придерживается О.А. Беляева, которая в комментарии к норме ч. 6 ст. 448 ГК РФ отмечает, что «торги в сфере корпоративных закупок проводятся не в силу указания об этом в Законе о закупках, регулирующем осуществление закупок компаниями с государственным участием, а в силу указания на это в *положении о закупке заказчика, т. е. проведение торгов в данном случае основано на локальном правовом акте*. Следовательно, комментируемая норма не распространяет свое действие на договоры, заключаемые в сфере регулирования данного Закона» [5].

Действительно, Закон о корпоративных закупках не устанавливает случаев, когда тот или иной договор дол-

⁵ Например, согласно п. 6 ст. 448 ГК РФ протокол о результатах торгов имеет силу договора.

⁶ См. Решение Московского УФАС России от 24.04.2018 по делу № 1-00-739/77-18, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 05.12.2018 по делу № А40-178332/18-120-2097 (оставлено без изменения Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.04.2019 № 09АП-12753/2019) // [Электронный ресурс]: <https://kad.arbitr.ru/> (Дата обращения: 22.06.2020).

жен быть заключен только посредством торговых процедур. Как отмечалось выше, ФЗ № 223 обязывает заказчика отразить способы закупок, условия их применения, а также порядок заключения и исполнения договора в положении о закупках (ч. 2 ст. 2 Закона № 223).

Даже в тех случаях, когда в качестве формы конкурентной закупки закон предписывает использовать только торги (например, конкурентные закупки, осуществляемые заказчиками у субъектов МСП), представляется невозможным игнорировать то обстоятельство, что обязательность использования торгов для заключения **конкретного** договора вытекает не из нормы закона, а из нормативно-правового акта меньшей юридической силы, что не соответствует гипотезе ч. 6 ст. 448 ГК РФ.

Попытка оставить решение данного вопроса за заказчиком не имеет за собой никаких перспектив. Лишены всякого успеха надежды на то, что заказчик по собственной воле установит в локальном нормативном акте положения, касающиеся его ответственности. В лучшем случае положение о закупках, следуя логике закона, умолчит в вопросе ответственности заказчика за отказ от заключения договора, в худшем — в нем будет прямо предусмотрено, что заказчик никакой ответственности за отказ от заключения договора с победителем не несет.

Ярче всего указанный тезис подтверждает анализ положений о закупках различных заказчиков. Довольно часто они содержат разделы, посвященные процедурам заключения договоров с единственным поставщиком, в которых перечень оснований для использования данной закупочной процедуры настолько широк и неконкретен, что, в принципе, всю закупочную деятельность заказчика можно реализовывать без использования каких-либо конкурентных процедур. Например, в качестве типовых примеров оснований для заключения договора с единственным поставщиком можно встретить случаи, когда приобретаются услуги, связанные с направлением работников заказчика в служебные командировки, или обеспечение потребности связано с визитами делегаций иностранных государств, обеспечением выездных мероприятий руководства⁷ и пр.

То есть речь идет о случаях, когда использованию конкурентных закупочных механизмов объективно ничего не препятствует, однако у заказчика есть возможность выбрать в качестве альтернативы неконкурентный способ осуществления закупки. Утверждение о том, что торги в таком случае являются единственным возможным способом заключения договора, как того требует норма ч. 6 ст. 448 ГК РФ, представляется необоснованным.

В конечном итоге даже если предположить, что разработчики новой редакции Закона о корпоративных закупках подразумевали возможность расширительного толкования нормы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, выражающегося в уравнивании статуса нормы закона и нормы локального нормативно-правового акта (что, безусловно, некорректно), было упущено из вида важное обстоятельство, что при таком подходе на усмотрение заказчика остается установление другого обязательного элемента гипотезы ч. 6 ст. 448 ГК РФ, а именно — определение случаев, когда торги являются безальтернативным способом заключения договора.

В отношении конкурентных закупок, осуществляемых иными, отличными от торгов способами, аргументация в пользу возможности применения последствий, указанных в ч. 6 ст. 448 ГК РФ, имеет еще меньше шансов на успех, поскольку *de lege lata* Закон о корпоративных закупках прямо противопоставляет два указанных способа. Иные способы закупок, если толковать закон буквально, не являются торгами, а правила о торгах не могут применяться по аналогии к неторговым процедурам. Очевидная попытка вывести так называемые **иные способы конкурентных закупок** из сферы правовой регламентации процедуры торгов выливается на практике в весьма показательную статистику, отмеченную Министерством финансов РФ в своем отчете за 1-е полугодие 2019 г., из которого следует, что посредством **иных способов закупки** заказчиками в отчетном периоде было отыграно порядка 80 тысяч лотов общей стоимостью почти 900 млрд рублей, что составляет около 14% от всего стоимостного объема закупок в сфере корпоративного заказа⁸.

Нормы положений о закупках различных заказчиков подтверждает тезис о том, что заказчики крайне редко стремятся отразить ясные и недвусмысленные критерии выбора того или иного способа конкурентных закупок.

Так, в типовом положении о закупках товаров, работ, услуг, утвержденном Минобрнауки России для нужд подведомственных ему учреждений (далее — Типовое положение Минобрнауки)⁹, среди конкурентных

⁷ См., напр., пп. 17.1.10, 17.1.26 Положения о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Газпром» и Компаний Группы Газпром (далее — «Положение о закупках Газпрома»), Официальный сайт ПАО «Газпром». URL://trans.gazprom.ru/tenders/polozhenie-o-zakupkakh-tovarov/ (Дата обращения: 22.06.2020).

⁸ См. Результаты мониторинга применения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в 1-м полугодии 2019 г. [Электронный ресурс]: официальный сайт Минфина России. URL://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/?id_38=128178-rezultaty_monitoringa_primeneniya_federalnogo_zakona_ot_18_iyulya_2011_g._223-fz_o_zakupkakh_tovarov_rabot_uslug_otdelnyimi_vidami_yuridicheskikh lits_ (Дата обращения: 18.06.2020).

⁹ Типовое положение о закупках товаров, работ, услуг для нужд федеральных государственных автономных учреждений, федеральных государственных бюджетных учреждений, федеральных государственных унитарных предприятий, подведомственных Министерству науки и высшего образования РФ. [Электронный ресурс]: официальный сайт Минобрнауки России. URL://www.minobrnauki.gov.ru/ru/documents/card/?id_4=82&cat=ru/documents/prikazy/ (Дата обращения: 22.06.2020).

способов закупки указывается «конкурентный отбор». Пункт 1 раздела 10 Типового положения Минобрнауки прямо указывает, что конкурентный отбор *не является торгами* и проводится исключительно в бумажной форме. Случаи, когда такой способ закупки не может быть использован заказчиком, указаны в п. 2 раздела 10, а именно: а) когда конкурентная закупка проводится исключительно среди субъектов СМП (что очевидно, так как для таких закупок, как было указано выше, возможно использование только торговых процедур); б) когда закупка должна проводиться в электронной форме (что обусловлено исключительно «бумажной» формой самой процедуры конкурентного отбора). Иных ограничений не установлено. На практике это означает, что заказчик во всех случаях проведения *конкурентной закупки не у субъектов СМП* вправе использовать *неторговую процедуру* конкурентного отбора вместо торговых процедур конкурса, аукциона, запроса котировок и запроса предложений. Еще более диссонирующей выглядит норма положения о закупках, которая устанавливает, что к процедуре конкурентного отбора, за исключением ряда положений, подлежат применению правила осуществления закупки в форме открытого конкурса (п. 3 раздела 10 Типового положения Минобрнауки).

В контексте рассматриваемого вопроса требует отдельного рассмотрения норма ч. 15 ст. 32 Закона № 223. Согласно ей договор по результатам конкурентной закупки заключается не ранее чем через десять дней и не позднее чем через двадцать дней с даты размещения в ЕИС итогового протокола, составленного по результатам конкурентной закупки. На первый взгляд, из смысла нормы можно прийти к выводу о наличии обязанности заказчика заключить договор. Однако остается неясным вопрос: что вбирает в себя понятие «результат конкурентной закупки»? В результате конкурентной закупки может быть определен победитель закупки, равно как закупка может быть признана несостоявшейся ввиду допуска только одного участника закупки или отсутствия заявок вовсе. Определение лица, предложившего лучшие условия заключаемого договора, и принятие решения о заключении с ним договора — это, на наш взгляд, два разных юридических состава. И если первый из них находит упоминание в законе (например, в ч. 7 той же ст. 3.2 ФЗ № 223 говорится о возможности *отменить определение поставщика*), то относительно условий принятия *решения о заключении договора* не говорится вовсе.

Заказчик, пользуясь правовой неопределенностью в данном вопросе, не лишает себя возможности восполнить законодательный пробел. Так, в соответствии с Положением о закупках Газпрома процедура конкурентного отбора, являющаяся конкурентным способом закупки, может быть завершена без заключения договора, даже в случае если определен победитель закупки, если заказчик посчитает, что это противоречит принципу эффек-

тивного расходования денежных средств (п. 14.5.3 Положения о закупках Газпрома). Похожие формулировки находят также в Положении о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком», в соответствии с пп. 12 п. 8.2.2 которого в документации о конкурентной закупке могут быть указаны сведения о порядке завершения процедуры конкурентной закупки без заключения договора¹⁰.

Все это свидетельствует о том, что даже если законодатель в ч. 15 ст. 32 Закона № 223 предполагал установить для заказчика обязанности по заключению договора в результате конкурентной закупки, достичь указанного эффекта ему не удалось. Диспозиция указанной нормы, по нашему мнению, описывает процедурные правила заключения договора при условии соблюдения подразумеваемой гипотезы — *заказчиком принято решение о заключении договора по результатам конкурентной закупки*. Такой же позиции, как было показано выше, придерживаются и крупнейшие заказчики в стране.

Таким образом, буквальное толкование норм действующего российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что в случае осуществления конкурентной закупки, *вне зависимости от формы ее осуществления* (торги или иные способы), ГК РФ и Законом о корпоративных закупках не установлена обязанность заказчика по заключению договора с победителем конкурентной закупки. Соответственно, возможность понуждения заказчика к заключению договора в судебном порядке по данному основанию не находит своего подтверждения.

В отсутствие прямого указания закона, как того требует ст. 421 ГК РФ, заслуживает внимания возможность обоснования наличия обязанности заказчика по заключению договора с победителем конкурентной закупки через призму добровольно принятых обязательств, а именно — конструкцию предварительного договора.

Обязательства по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг в рамках осуществления конкурентной закупки в соответствии с Законом о корпоративных закупках возникают из сложного юридического состава. Первая группа юридических фактов лежит в основе отношений, связанных с организацией конкурентной закупки и заключением предварительного договора. Вторая группа фактов опосредует возникновение отношений по заключению основного договора, из которого, собственно, возникают соответствующие имущественные обязательства.

Опубликованные в установленном порядке извещение и документация о закупке являются приглашением делать оферты. Подача допущенными к закупке участниками заявок на участие в закупке в течение установ-

¹⁰ См. Положение о закупках товаров, работ, услуг ПАО «Ростелеком» (редакция 18) [Электронный ресурс]: официальный сайт ПАО «Ростелеком». URL: [//zakupki.rostelecom.ru/info_docs/docs/](http://zakupki.rostelecom.ru/info_docs/docs/)

ленного срока обладает всеми чертами оферты, содержащей все существенные условия будущего договора: такая заявка содержит согласие участника с условиями извещения и документации о закупке, а также его предложение относительно цены и прочих условий. Публикация заказчиком протокола о подведении итогов закупки и результатах определения ее победителя фиксирует момент акцепта оферты участника закупки — победителя. С момента публикации указанного протокола предварительный договор между заказчиком и победителем закупки считается заключенным.

Поддержку такого взгляда на юридическую природу возникающих в ходе торгов отношений можно встретить у М.И. Брагинского [3]. Впрочем, в доктрине имеется и противоположная позиция [2].

По нашему мнению, несмотря на всю привлекательность конструкции предварительного договора, заключаемого по итогам конкурентной закупки, в целях обоснования наличия у заказчика обязанности по заключению основного договора следует признать, что такой подход имеет ряд серьезных изъянов, которые нельзя игнорировать.

Во-первых, из заключенного таким путем предварительного договора обязанность по заключению основного договора возникает только у заказчика. Для уклонившегося или отказавшегося от заключения договора победителя закупки закон предусматривает наступление иных последствий, о которых было сказано выше. Несмотря на то что в юридической литературе можно встретить суждения касательно возможности заключения односторонне обязывающих предварительных договоров, буквальное прочтение нормы ст. 429 ГК РФ не позволяет судить об этом однозначно [5].

Во-вторых, необходимо понимать, что стороны закупки в ходе ее осуществления преследуют все-таки цель (*causa*) заключить имущественный договор, а не организационный по своей природе предварительный договор. Для признания данной идеи жизнеспособной необходимо установить, что обе стороны действительно имели в виду заключение предварительного договора на этапе публикации итогового протокола закупки и что такое намерение следовало из их волеизъявления. Установление столь сложных юридических конструкций не ложится в канву законодательного регулирования сферы корпоративного заказа и не отвечает целям такого регулирования.

С учетом всего вышеизложенного следует констатировать, что с точки зрения действующего законодательства интересы победителя конкурентной закупки в ситуации, когда заказчик отказался заключать с ним договор, могут быть защищены с помощью механизмов преддоговорной ответственности (ст. 434¹ ГК РФ). В своем обзоре судебной практики по вопросам применения ФЗ № 223 Верховный Суд РФ подтвердил наличие соглашения о ведении переговоров между заказчиком

и участником конкурентной закупки, а также возможность применения соответствующих мер ответственности, которые доступны обеим сторонам переговоров¹¹. Победителю закупки как лицу, с которым были прекращены переговоры по заключению договора, необходимо понимать, что использование такого способа защиты своих интересов требует обращения в судебные органы (чаще всего по месту нахождения заказчика), а также доказывания факта недобросовестности заказчика и размера понесенных убытков.

На наш взгляд, указанная мера должна рассматриваться лишь в качестве крайнего способа, к которому может прибегнуть победитель закупки при защите своих интересов. Ее явно недостаточно в условиях, когда он практически не участвует в формировании основных условий договора и, по существу, вынужден к ним присоединиться или улучшать в ходе закупки. Такую меру нельзя также признать пропорциональной тому объему ответственности, которую несет сам победитель закупки в зеркальной ситуации — когда уже он признается уклонившимся или отказавшимся от заключения договора с заказчиком.

С точки зрения поддержания баланса интересов сторон закупки и логичным следствием публично-правовой природы корпоративных закупок установление обязанности для заказчика заключения договора с победителем закупки и возможности судебного принуждения к заключению договора является крайне необходимой мерой.

Наиболее логичным *de lege ferenda* выглядит вариант с закреплением в Законе о корпоративных закупках нормы, в соответствии с которой на заказчика возлагается обязанность по заключению договора с победителем торгов. Причем такая обязанность должна трансформироваться в право заказчика в случае, когда закупка была признана несостоявшейся по причине допуска к торгам только одного участника. Заказчику должна предоставляться возможность переобъявления процедуры конкурентной закупки при признании ее несостоявшейся по данному основанию.

Представляется также обоснованным ограничить действие правила об обязательном включении в реестр недобросовестных поставщиков лиц, уклонившихся (отказавшихся) от заключения договора с заказчиком, в случаях, если у заказчика отсутствует обязанность по заключению договора в результате осуществления такой закупки. При этом заказчику в любом случае остаются

¹¹ См.: Обзор судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) // [Электронный ресурс]: официальный сайт Верховного суда РФ: <http://www.supcourt.ru/documents/thematics/26757/> (Дата обращения: 22.06.2020).

доступными меры защиты нарушенного интереса, предусмотренные ст. 434.1 ГК РФ (преддоговорная ответственность), включая возможность обращения взыскания на предмет обеспечения. ■

Литература [References]

1. OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru>
2. Беляева О.А. Торги: основы теории и проблемы практики (монография). М: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ: ИНФРА-М, 2015, доступна в информационно-справочной системе «Гарант». [Belyaeva O.A. Bidding: theoretical framework and practical issues (monography). M: The Institute of legislation and comparative law under the Government of the Russian Federation: INFRA-M, 2015, available in information-reporting system "Garant".]
3. Брагинский М.И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / В.В. Витрянский, М.И. Брагинский. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2011. [Braginskiy M.I. Contract law. Book 1 General provisions / V.V. Vitryanskiy, M.I. Braginskiy. 3d edition, M.: Statut. 2011.]
4. Тасалов Ф.А. Запрос котировок и запрос предложений как формы торгов // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 5 (90). С. 126—135. [Tsalov F.A. Request for Quotation and Request for Proposals as a Bidding Form // Actual Problems of Russian Law. 2018. № 5 (90). P. 126—135 (In Russ.)] DOI: 10.17803/1994-1471.2018.90.5.126-135.
5. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. [Contracts and obligations (general part): article-by-article commentary to articles 307—453 of the Civil code of the Russian Federation / Pub. Editor A.G. Karapetov. M.: M-Logos, 2017.]

Сведения об авторе

Домбаев Саламбек Салаудиевич: соискатель кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Департамента корпоративных закупок Дальневосточного федерального университета
E-mail: dombaev.ss@dvfu.ru

XVI ВСЕРОССИЙСКИЙ
ФОРУМ-ВЫСТАВКА



ГОС ЗА КАЗ

Время Российской Промышленности

24-26 марта 2021

forum-goszakaz.ru



Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

Тихомиров П.А.,
Аналитический центр
при Правительстве Российской
Федерации,
107078, Россия, г. Москва,
проспект Академика Сахарова,
д. 12

Аннотация

Раскрывается экономическая и правовая суть понятия и механизма работы реестра недобросовестных поставщиков (РНП), приводится анализ статистики включения информации о них в РНП, описана практика оспаривания в судах решений ФАС России о внесении в РНП, подчеркивается несоразмерность меры ответственности за уклонение от заключения контракта/договора (в части внесения в РНП) с существенностью причиненного общественного вреда, рассмотрена целесообразность перехода к взвешенной оценке возможных рисков от недобросовестных поставщиков, предложено перенести уклонение от заключения договора из оснований внесения в РНП в фактор учета деловой репутации участника при оценке заявок; сделано предположение о снижении рисков неисполнения контрактов/договоров при использовании на этапе оценки заявок механизма расчета индексов деловой репутации на основе фактов предыдущего недобросовестного поведения поставщиков.

Ключевые слова: реестр недобросовестных поставщиков, деловая репутация, контрактная система, закупки для государственных нужд, корпоративные закупки, положение о закупке, уклонение от заключения контракта, недобросовестное поведение поставщика, ограничение конкуренции, риски неисполнения договора.

Для цитирования: Тихомиров П.А. Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 70–83. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-70-83>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

List of Unscrupulous (Unfair) Suppliers: Improvement is Necessary

Pavel A. Tikhomirov,
Analytical Center under
the Government
of the Russian Federation,
Academician Sakharov Avenue,
12, Moscow, 107078, Russia

Abstract

The article shows legal and economical nature of unfair supplier list (black list) in Russian public procurement system, black list inclusion statistics, black list appeal court practice, problems and ways of improvement of this instrument, transformation to business reputation index.

Keywords: black list, unfair suppliers, unscrupulous suppliers, business reputation, Russian contracting system, public procurement, corporative procurement, procurement guideline, contract sign evasion, unfair competition, contract non-performance risks.

For citation: Tikhomirov P.A. List of unscrupulous (unfair) suppliers: improvement is necessary // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 70–83. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-70-83>

The author declare no conflict of interest.

1. Реестр недобросовестных поставщиков как фактор сдерживания

Понятие и механизм ведения реестра недобросовестных поставщиков (далее — РНП) впервые появились в Федеральном законе от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 94-ФЗ) в качестве меры борьбы с так называемыми игроками, то есть участниками процедур закупок, у которых нет намерения заключать и исполнять контракт в случае победы, либо которые подавали заявки, не оценив свои силы и риски по выполнению заказа. В качестве оснований для внесения в РНП в законе были установлены (а) уклонение выбранного участника от заключения контракта и (б) расторжение заключенного контракта в силу его существенного неисполнения поставщиком. Ведение РНП было возложено на федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный на осуществление контроля в сфере закупок, — Федеральную антимонопольную службу. С тех пор порядок его ведения и основания внесения участников почти не изменились, несмотря на принятие нового закона (далее — Закон № 44-ФЗ)¹ и соответствующего акта Правительства Российской Федерации². Схожий порядок ведения РНП использован и в законодательстве о закупках госкорпораций и компаний с государственным участием (далее — Закон 223-ФЗ)³.

Для того времени (2005 г.) РНП был достаточно передовым инструментом сдерживания от злоупотреблений участников. Финансовое обеспечение участия в закупке, которое призвано защищать торги от необдуманной подачи заявок участниками, устанавливалось не во всех процедурах, а угроза внесения в РНП как раз закрывала эту брешь и дополнительно мотивировала поставщиков соразмерять свои силы с обязательствами и положениями, содержащимися в контрактах. Допуск до участия в процедурах производился только на основании требований о правоспособности и дееспособности участника. Квалификация, опыт и наличие материальных ресурсов не рассматривались и не учитывались как условие допуска, поэтому на торги могли приходиться и низкоквалифицированные участники.

По сути, РНП — это несколько усовершенствованный по механизму и основаниям включения так называемый черный список, который довольно давно применяется в системах закупок ряда международных организаций и финансовых институтов (Всемирный банк, Европейский банк реконструкции и развития, Африканский банк развития, МВФ и др.)⁴. Компании, попавшие в этот список, а также их дочерние и аффилированные лица не могут рассчитывать на приглашение участвовать в торгах и на получение контрактов в вышеуказанных организациях и в закупках их заемщиков. Причем большинство международных финансовых организаций объединены соглашением о применении единого санкционного списка, который ведется Всемирным банком.

Правда, основания для включения в черный список в этих организациях совершенно иные по сравнению с российским РНП. В санкционный список по решению специальной комиссии банка включаются компании, которые уличены в мошенничестве и коррупции. Под понятие «мошенничество» подпадают в том числе фальсификация/подделка документов, сговор на торгах и организация мошеннических схем. Именно эти факты у них считаются признаками недобросовестности. Уклонение от заключения контрактов по результатам торгов или расторжение контракта в силу его неисполнения *не являются* основаниями для применения к таким поставщикам мер ответственности в виде включения в санкционный список с последующим лишением их возможности участия в закупках. Снижение риска победы поставщиков, которые в последующем не смогут подписать контракт или исполнить его, на торгах у вышеуказанных организаций и получателей их займов/грантов достигается в большей степени за счет *обязательного применения квалификационных требований к участникам закупок*, что прямо указано в Руководстве о закупках Всемирного банка⁵.

В условиях начала действия закона № 94-ФЗ такое поведение участника, как уклонение от заключения контракта, действительно могло рассматриваться как недобросовестное поведение. Поскольку весь закон был процессуальным и больше относился к административному праву, чем к гражданскому, с обилием императивных норм в части организации и проведения процедуры закупки, то нарушения закона могли быть только процедурными, что и подтверждается наличием

¹ См.: Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ, 2013, № 14. Ст. 1652.

² Постановление Правительства Российской Федерации от 25 ноября 2013 г. № 1062 «О порядке ведения реестра недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей)» // СЗ РФ, 2013, № 48. Ст. 6265.

³ Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ, 2011, № 30. Ст. 4571.

⁴ В документах Всемирного банка он называется «санкционный список» и применяются два схожих термина: Ineligible firms (неприемлемые компании) или Non-responsible vendors (недобросовестные поставщики). См.: <https://www.worldbank.org/en/about/corporate-procurement/business-opportunities/non-responsible-vendors> (Дата обращения: 17.08.2020)

⁵ Пункты 6.23 и 6.27 «Правил закупок Всемирного банка для заемщиков, финансирующих инвестиционные проекты». См.: <http://pubdocs.worldbank.org/en/178331533065871195/Procurement-Regulations.pdf> (Дата обращения: 17.08.2020)

санкций в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях. Коррупция или предложение взятки участником, подкуп или «откат» не являлись формальным нарушением закона. Для обвинения и вынесения приговора по таким фактам требовались возбуждение уголовных дел, сбор доказательств и судебное решение, что было довольно длительно, а результат неочевиден. Следовательно, использование факта коррупции или мошенничества в торгах как основания включения в РНП не могло стать оперативным сдерживающим инструментом для недобросовестных участников и действенной защитой для заказчиков. В этом отношении факты уклонения от заключения контракта и расторжения в силу существенного неисполнения контракта были значительно предпочтительнее в качестве оснований для включения в РНП, поскольку легко устанавливались и могли быть легализованы решением комиссии заказчика (для фактов уклонения от заключения контракта), самим заказчиком (при одностороннем расторжении) или судом. Фактически законодатель выбрал такой способ сдерживания от недобросовестных действий поставщиков, который наиболее легко администрировался с точки зрения правоприменения и контрольных функций.

Мерой ответственности за недобросовестное поведение участников и поставщиков стало не только само внесение в реестр, но и право заказчика устанавливать в документации о закупке запрет на допуск к участию в процедурах закупок поставщиков, сведения о которых находились в РНП. Запись о недобросовестном поставщике находится в РНП в открытом доступе два года с даты принятия решения о внесении комиссией антимонопольного органа.

Данный инструмент призван мотивировать участников к добросовестному поведению при участии в процедуре закупки и при исполнении контрактов/договоров, поскольку возникающее при внесении в РНП ограничение допуска к сфере государственных и корпоративных закупок фактически закрывает один из рынков сбыта для попавшего в него участника. Сокращение сбытовых возможностей может серьезно подорвать экономику предприятия, так как снижает объем плановой выручки, а значит, и средств для поддержки и развития своей деятельности.

Еще в XX в. известный институциональный экономист Рональд Коуз писал, что «экономическая политика состоит в выборе таких правовых норм, процедур и административных структур, которые обеспечат максимизацию ценности производства. Но нелегко установить, как именно разные правовые ситуации воздействуют на работу экономической системы...» [1]. Следовательно, нужно разрабатывать и внедрять такие нормы, инструменты и административные процедуры, которые бы как минимум не вредили производству продукции и благ для на-

селения и развития страны, а те, которые показали свою неэффективность или негативное воздействие на экономику и рынок, — исключать.

Главным недостатком такого инструмента, как РНП, неоднократно подвергавшимся критике, является его бинарный характер, не сопоставляющий степень тяжести конкретного проступка и существенность нанесенного им вреда заказчику и общественному интересу с суровостью единой для всех меры ответственности. Другой проблемой этого механизма является почти 100% применение на практике продекларированного в законе права заказчика устанавливать запрет на участие в закупке поставщиков, находящихся в РНП, что может рассматриваться как трансформация права в обычай поведения, а значит, в норму (обязанность). То есть заказчики не пытаются оценивать возможные риски участия в закупке и последующего исполнения контрактов/договоров, возникающие от поставщиков, находящихся в РНП (что необходимо при оценке целесообразности использования права), предпочитая закрывать дверь перед такими участниками, не учитывая ни сумму закупки, ни ее предмет, ни уровень конкуренции. Хотя все это следовало бы рассматривать при принятии решения о включении подобного запрета в извещение и закупочную документацию.

Существенное неисполнение контракта, влекущее его расторжение, является действительно фактом недобросовестного поведения, серьезно повышающим риски неисполнения обязательств данным поставщиком в последующих сделках, и при доказанности вины такая мера, как внесение в РНП с последующим ограничением возможностей по участию в закупках, является адекватной. Однако ее соразмерность не совсем очевидна.

Уклонение же от заключения контракта не так однозначно с точки зрения последующих рисков, вины и вреда для заказчика, а также степени соразмерности наказания характеру совершенного деяния. Более того, данное основание внесения в РНП не всегда выполняет свою стимулирующую к проявлению добросовестности задачу. Далее попытаемся разобраться с вышеуказанными тезисами с помощью анализа статистики и правоприменительной практики.

2. Анализ статистики внесения в РНП

Статистика внесения в РНП по доле в общем количестве конкурентных неотмененных закупок по законам № 44-ФЗ и № 223-ФЗ за 2018, 2019, 1 п/г 2020 г. В расчет доли не брались закупки у единственного поставщика и отмененные извещения. Первые — по причине того, что заказчик самостоятельно определял единственного поставщика или поставщик является таковым в силу закона, следовательно, уклонение от заключения контракта невозможно в силу отсутствия инициативной оферты

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

в рамках состязания (конкуренции) на торгах и последующего выбора победителя. Существенное неисполнение и последующее расторжение контрактов с единственным поставщиком тоже маловероятны, но если и случаются, то ответственность за это полностью лежит на заказчике, поскольку это его выбор, и он должен был проявить должную осмотрительность при заключении контракта. Вторые — поскольку по их результатам не заключены контракты.

В корпоративных закупках — реже

В приведенной на рис. 1 диаграмме сразу бросается в глаза диспропорция между долями внесений в РНП по разным законам о закупках: по закону № 223-ФЗ внесение в РНП происходит почти на порядок реже, чем по закону № 44-ФЗ, считая от числа неотмененных конкурентных процедур.

Вероятно, причина этого кроется в качестве отбора победителей, то есть в наборе и характере требований к участникам. Поскольку закон № 223-ФЗ не такой процедурный, как закон № 44-ФЗ, и носит общий характер, переноса на заказчиков обязанность утверждения правил и механизмов закупок, заказчики устанавливают в своих ПОЗ более жесткие, но обоснованные требования к участникам процедур закупок в части опыта и квалификации участника, обеспеченности его ресурсами, необходимыми для исполнения контракта, что в конечном итоге снижает риски уклонения прошедших такой квалификационный отбор участников от заключения до-

говоров в случаях победы или от последующего существенного их неисполнения.

Также имеет место и оппортунистическое поведение заказчиков при возможном наличии оснований для внесения в РНП. Сталкиваясь с фактами нарушений поставщиками при исполнении договоров, корпоративный заказчик часто не заинтересован в их отстранении от участия в последующих закупках путем включения в РНП, поскольку такие поставщики могут быть их стратегическими партнерами или носителями определенных важных и конфиденциальных знаний о предмете закупки. Более того, корпоративные заказчики в последнее время проводят политику поддержки и «выращивания» поставщиков, помогая им настроить производство, получить необходимые знания и разрешения для выпуска продукции необходимого качества и в требуемые сроки. Конечно, после такого «выращивания» совершенно неразумно будет включать поставщика в РНП, отстраняя его от своих последующих заказов.

В отличие от заказчиков, работающих по закону № 223-ФЗ, государственные и муниципальные заказчики более правопослушны по нескольким очевидным причинам:

- во-первых, поскольку существует действенный институт государственного контроля, поэтому выявление неисполнения нормы закона грозит санкциями (денежные штрафы) к чиновнику, получающему и так невысокую зарплату;
- во-вторых, поскольку в большинстве случаев участник, к которому применяется санкция в виде внесения

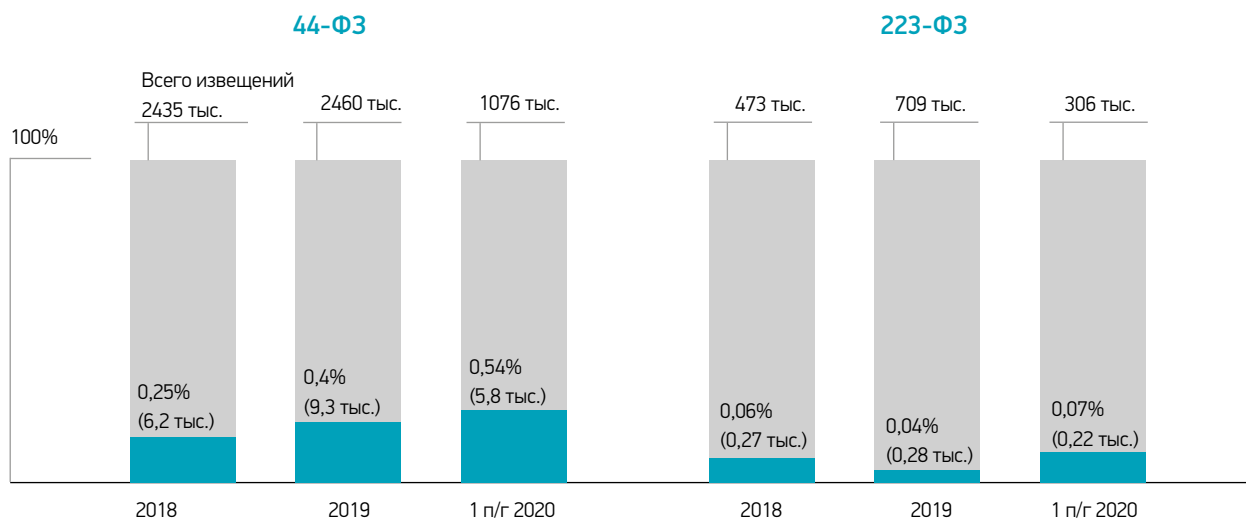


Рис. 1. Доли внесений в РНП от общего количества конкурентных неотмененных закупок

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 1. Unfair suppliers list (USL) inclusions share of total competitive not cancelled tenders number

Source: UIS-Monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

в РНП, не является для конкретного чиновника, выполняющего положения закона о направлении сведений о факте в контролирующий орган, стратегическим партнером или уникальным поставщиком, а лишь одним из множества участников, с таким же успехом способных исполнить контракт.

Для поставщиков же не имеет значения законодательство, по которому проводятся закупки, с точки зрения рисков попадания в РНП, поскольку санкция за это попадание в обоих случаях одинакова, и она довольно сурова.

То, что для поставщиков, попавших в РНП, фактически закрыта дорога к закупкам как по Закону № 44-ФЗ, так и по Закону № 223-ФЗ, подтверждает и статистика. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации провел исследование документации и положений о закупках 30 крупных отраслевых госкорпораций и компаний с госучастием⁶ на предмет реализации в них положений ч. 7 ст. 3 Закона № 223-ФЗ о праве заказчика установить при закупке требование об отсутствии сведений об участниках закупки в реестрах недобросовестных поставщиков, ведущихся по Закону № 44-ФЗ и по Закону № 223-ФЗ. Ровно в половине ПОЗ это право трансформировано в обязанность устанавливать в закупочных документах такое требование.

В ПОЗ остальных 15 компаний и их 445 дочерних и зависимых обществ оставлено право заказчика самим решать, устанавливать ли в закупочной документации требование об отсутствии сведений об участнике в РНП. Для проверки использования этого права были изучены 720 (13,7% от всего количества) извещений о закупках данных заказчиков за июнь 2020 г. В 98,8% извещений было установлено требование к участникам об отсутствии сведений в РНП, а в остальных 1,2% (9 извещений) такое требование не найдено (то есть подобное основа-

ние для отклонения участника не включено в документацию), но в форме заявки на участие все равно имелось поле, в котором участник должен был подтвердить, что не находится в РНП.

Также проанализированы 70 (25% от всего количества) извещений о закупке за июнь 2020 г. у 20 организаций, попадающих под действие Закона № 44-ФЗ. В 100% извещений установлено требование к участникам об отсутствии сведений о них в РНП.

Из вышеизложенного следует вывод, что хотя в законодательстве о регулируемых закупках (назовем так оба закона № 44-ФЗ и № 223-ФЗ вместе) предусмотрено **право** заказчика не допускать участника, находящегося в РНП, до участия в закупках, фактически на практике почти в 100% закупок условие об отсутствии участника в реестрах недобросовестных поставщиков применяется как **обязательное**. Это означает, что всем лицам, сведения о которых находятся в РНП, фактически закрыт доступ к рынку как государственных/муниципальных, так и корпоративных закупок. Данный запрет, помимо нанесения вреда деловой репутации, является весьма существенным ограничением свободы предпринимательства и возможностей экономического развития для таких лиц. Кроме того, поскольку в РНП с 2013 г. помимо сведений о самом юридическом лице включаются сведения о его учредителях и руководителях, факт включения в реестр наносит значительный вред деловой репутации еще и физических лиц.

Расторжение контрактов и малый бизнес

Среди находящихся в РНП по Закону № 44-ФЗ больше чем вдвое преобладает доля поставщиков, включенных

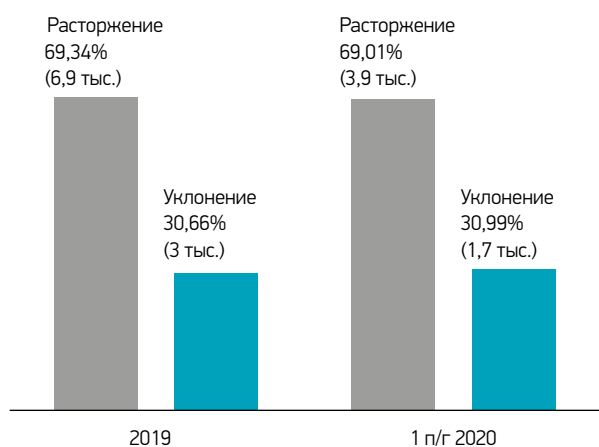


Рис. 2. Доли включений в РНП по Закону № 44-ФЗ по основаниям

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.
Figure 2. Cause of inclusions in USL according to 44-FZ
Source: UIS-monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

⁶ Исследованием, проведенным с участием сотрудников Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации Е. Митиной и Е. Чумаковой, была охвачена деятельность следующих госкорпораций и акционерных обществ с государственным участием: ГК «Росатом», ГК «Ростех», ГК «Роскосмос», ПАО «Сбербанк», ПАО «ВТБ», Российский Сельскохозяйственный банк, ПАО «Промсвязьбанк», ПАО «Аэрофлот», АО «АЛРОСА», АО Концерн ВКО «Алмаз-Антей», ПАО «Газпром», ПАО НК «Роснефть», ОАО «РЖД», ПАО «РусГидро», АО «Объединенная судостроительная корпорация», ПАО «Россети», АО «Росгеология», ПАО «Ростелеком», АО «Почта России», ПАО «Объединенная авиастроительная корпорация», а также таких федеральных государственных унитарных предприятий (стратегических компаний), как: ФГУП «ИТАР-ТАСС», ФГУП «ВГТРК», ФГУП «РТРС», ФГУП «Росморпорт», ФГУП «Администрация гражданских аэропортов (аэродромов)», ФГУП «Ведомственная охрана железнодорожного транспорта», ФГУП «Государственная корпорация по организации воздушного движения в Российской Федерации», ФГУП «Космическая связь», ФГУП «Морсвязьспутник», ФГУП «Главный радиочастотный центр» (ГРЧЦ). — *Прим авт.*

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование



Рис. 3. Контракты, заключенные по Закону № 44-ФЗ, исполненные с нарушениями срока (более чем на 5 дней)

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 3. Contracts under 44-FZ law executed with delay (more than 5 days)

Source: UIS-Monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

по основанию расторжения контракта в силу существенного неисполнения.

Следует обратить внимание, что в 81% случаев по основанию расторжения контракта, заключенного в рамках Закона № 44-ФЗ, в РНП попадают субъекты малого предпринимательства. Подавляющее большинство (94,5%) случаев внесения в РНП по данному основанию приходится на контракты с ценой менее или равной 10 млн руб. Большинство контрактов с такими суммами заключается с представителями малого и среднего бизнеса. То есть риску попасть в РНП за существенное неисполнение контрактов, повлекшее их расторжение, больше подвержены индивидуальные предприниматели и иные субъекты малого предпринимательства. Крупный бизнес содержит большой штат юристов, экономистов и финансистов, нанимает хороших управленцев, что позволяет не допускать нарушений исполнения договорных обязательств и оперативно устранять возникающие проблемы. У малого бизнеса очевидно меньше квалифицированных ресурсов и опыта по исполнению контрактов, чем у крупного.

Учитывая однократность свершения факта расторжения контракта в силу существенного его неисполнения для внесения в РНП, при отсутствии оценки существенности нанесенного вреда для заказчика и общества, а также наличие государственной поддержки малого бизнеса, это, по мнению автора, не должно являться основанием для отстранения малых предпринимателей от всего рынка государственных и корпоративных закупок. Необходимо трансформировать существующую норму о внесении в РНП по основанию расторжения контракта

в направлении учета существенности вреда, повторяемости деяния, соразмерности наказания.

Более того, если рассматривать расторжение контракта (и выплату соответствующих штрафов и неустоек) как наказание за недобросовестное исполнение своих обязательств, следует также оценить правовую целесообразность такой меры, как отстранение от участия в закупках с учетом принципа римского права *non bis in idem* (не дважды за одно и то же) — один из важнейших принципов права, который декларирует недопустимость повторного привлечения к ответственности за совершение одного и того же деяния. При этом само внесение в РНП не будет являться повторным наказанием, а вот ограничение предпринимательских прав и свобод по участию в закупках уже можно квалифицировать как дополнительную меру.

Несмотря на наличие ряда сдерживающих факторов, а именно внесение в РНП и предоставление обеспечения исполнения контрактов, доля контрактов с нарушениями сроков исполнения в контрактной системе растет (рис. 3), равно как и количество компаний-нарушителей (рис. 4).

Следовательно, наличия в нынешнем законодательстве положений, призванных стимулировать добросовестное исполнение контрактов, таких как внесение в РНП, потеря обеспечения исполнения контракта, оплата неустоек и штрафов, недостаточно для предотвращения все возрастающих рисков неисполнения поставщиками своих контрактных обязательств. Необходим переход к учету квалификации исполнителя при его выборе, то есть до заключения контракта. Также целесообразно пересмотреть механизм и последствия внесения в РНП.



Рис. 4. Число поставщиков с уникальным ИНН, хотя бы единожды в год нарушивших обязательства по контрактам, заключенным по Закону № 44-ФЗ

Источник: ЕИС-Мониторинг, Аналитический центр.

Figure 4. Unique TIN suppliers number at least ones a year break a contract conditions

Source: UIS-monitoring, Analytical Center for the Government of the Russian Federation.

3. Обзор правоприменительной, в том числе судебной практики

Для выработки предложений по совершенствованию оснований внесения и механизма ведения РНП прежде всего следует понять правовую, мотивационную и моральную суть данного инструмента и проанализировать проблемы в практическом применении.

Законодательство о регулируемых закупках не содержит безусловной обязанности контролирующего органа (ФАС России) включать представленные заказчиком сведения о поставщике в соответствующий реестр без оценки его действий в каждом конкретном случае.

Согласно позиции Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Определении от 19.02.2015 № 301-КГ15-632 по делу № А29-3152/2014, при рассмотрении вопроса о законности решения антимонопольного органа о включении или невключении лица в реестр недобросовестных поставщиков нельзя ограничиться только формальной констатацией ненадлежащего исполнения хозяйствующим субъектом тех или иных нормативных требований без выяснения и оценки всех фактических обстоятельств дела в совокупности и взаимосвязи. Антимонопольный орган, рассматривающий вопрос о внесении данных о хозяйствующем субъекте в РНП, должен не только разрешить вопрос о наличии формальных оснований для включения в реестр, но и установить причины и иные обстоятельства, послужившие основанием для такого недобросовестного поведения.

Включение сведений в РНП является санкцией за недобросовестное поведение участника размещения

заказа, выражающееся в намеренном и умышленном нарушении положений законодательства о регулируемых закупках (44-ФЗ и 223-ФЗ). Субъективная сторона этих нарушений характеризуется наличием умысла и противоправных намерений (вины), а последствием таких действий должно быть возникновение вреда/ущерба. Наличие вины обязательно для признания поставщика недобросовестным, поскольку только намеренные (виновные) действия, то есть идущие против совести, правовых норм и моральных ограничений, могут характеризоваться как недобросовестные.

Как раз полной и однозначной оценки контролирующим органом этой стороны отношений при уклонении или расторжении договора часто не хватает в правоприменительной практике.

Учитывая достаточную суровость меры ответственности за указанные нарушения [2]⁷, применение санкции путем включения в РНП должно происходить именно при условии доказанности вины (намеренности и умысла). По мнению Конституционного Суда Российской Федерации, применяемые меры государственного принуждения должны отвечать требованиям справедливости и помимо наличия вины быть соразмерны характеру совершенного правонарушения⁸.

Продemonстрируем данные тезисы примерами из судебной практики.

Намерение/умысел

Одним из существенных признаков недобросовестного поведения является намерение осуществить противоправное действие.

Верховный Суд Российской Федерации в п. 41 Обзора судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017, указал: «Нарушение участником за-

⁷ По мнению И. Татоновой, на практике внесение в РНП «представляет собой достаточно суровую меру ответственности для хозяйствующего субъекта, поскольку влечет негативные последствия в виде экономических и репутационных потерь не только для самого лица, признанного уклонившимся от заключения контракта или существенно нарушившим его условия, что повлекло его расторжение судом или заказчиком в одностороннем порядке, но и в практически равной степени для других лиц, входящих с ним в одну группу: его учредителей, членов коллегиального исполнительного органа, лица, исполняющего функции единоличного исполнительного органа участника закупки, сведения о которых также подлежат размещению в РНП».

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 п. 1 ст. 7, п. 1 ст. 77 и п. 1 ст. 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской обл., Арбитражного суда Саратовской обл. и жалобой ОАО «Разрез «Изыхский»» // СЗ РФ, 2001, № 32. Ст. 3412.

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

купки своих обязательств *при отсутствии у него намерения уклониться от заключения контракта* и принявшего меры для его заключения, не может являться основанием для включения сведений о таком лице в реестр недобросовестных поставщиков».

Следуя данному постулату, суды признают незаконными решения антимонопольного органа по внесению в РНП, если не доказано намеренное и недобросовестное уклонение победившего участника от заключения контракта.

Так, 18 июля 2020 г. решением по делу № А56-247/2020 Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области признал незаконным внесение участника в РНП за уклонение от заключения контракта, поскольку в поведении поставщика не усматривается явное недобросовестное намерение не заключать контракт.

По мнению суда, участник добросовестно готовился к исполнению контракта и начал заблаговременно выполнять определенные подготовительные работы (разработку дизайн-макетов), осуществлял переписку по дальнейшему исполнению контракта, все действия были направлены на добросовестное заключение контракта. Кроме того, суд исследовал предыдущее поведение поставщика и определил, что он является добросовестным поставщиком по государственным контрактам, ранее в РНП не состоял, к административной ответственности за неисполнение государственных контрактов не привлекался, в арбитражных спорах в качестве ответчика не участвовал, за последние 2 года добросовестно исполнил условия 31 контракта/договора.

Суд заключил, что уклонение от исполнения (заключения) контракта предполагает не только формальное нарушение требований законодательства, *но и отсутствие реального намерения заключить и исполнить контракт*, в связи с чем для включения в РНП по данному основанию, помимо факта нарушения, необходимо *установить направленность воли и недобросовестный характер поведения победителя аукциона*.

Исследовав обстоятельства дела, суд пришел к выводу, что в рассматриваемом случае включение участника в РНП не может рассматриваться в качестве необходимой меры ответственности, в связи с чем внесение в РНП нарушает права и законные интересы Общества.

Вред/ущерб

В решении Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 13 июля 2020 г. по делу № А56-4332/2020 об оспаривании включения в РНП по результатам одностороннего расторжения контракта говорится, что основанием для включения в реестр недобросовестных поставщиков является только такое уклонение лица от заключения контракта или от исполнения условий контракта, которое предпола-

ет его недобросовестное поведение, совершение им умышленных действий (бездействия) в противоречие требованиям Закона о контрактной системе, в том числе приведшее к невозможности заключения контракта с этим лицом как признанным победителем конкурса *и нарушающее права заказчика относительно условий (выявленных им как лучшие) и срока исполнения контракта, которые связаны, прежде всего, с эффективным использованием бюджетных средств* и в предусмотренном бюджетным законодательством порядке.

Иными словами, заказчик должен доказать при обращении в антимонопольный орган с предложением о внесении поставщика в РНП не только его вину, то есть умышленные, недобросовестные действия, и противоречие законодательству о закупках, но и *факт связанного с этим действием влияния на эффективность использования бюджетных средств — вред*.

РНП, по общему подходу судов, является инструментом реализации задач регулирования отношений сторон закупочного процесса в части обеспечения добросовестной конкуренции и предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов и призван защищать государственных и муниципальных заказчиков от недобросовестных действий поставщиков (исполнителей, подрядчиков).

При этом включение поставщика в РНП представляет собой один из видов юридической ответственности, поскольку такое включение, являясь санкцией за недобросовестное поведение поставщика в регулируемой сфере правоотношений, влечет для него негативные последствия в виде фактического (как показано выше) лишения возможности в течение двух лет участвовать в закупочных процедурах по 44-ФЗ и по 223-ФЗ.

Соразмерность санкции

Соразмерность санкции характеру правонарушения и возникшим последствиям хотя и не является составляющей понятия недобросовестного поведения поставщика, но должна учитываться антимонопольным органом при вынесении решения о включении сведений в РНП.

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 18.07.2008 № 10-П выразил правовую позицию, часто цитируемую в решениях судов, о том, что федеральный законодатель, обладая достаточной свободой усмотрения в определении конкретных видов государственного контроля (надзора), оснований, форм, способов, методов, процедур, сроков его проведения, состава мер государственного принуждения, применяемых по итогам контрольных мероприятий, а также конкретного порядка финансового обеспечения, вместе с тем связан общими конституционными принципами организации системы органов государственной власти, а осуществляемое им регулирование должно соответство-

вать юридической природе и характеру общественных отношений, складывающихся в сфере государственного контроля (надзора), *вводимые же ограничения прав и свобод* граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью, — *быть соразмерными конституционно значимым целям и во всяком случае не создавать препятствий их экономической самостоятельности и инициативе*. Иное понимание не приведет к достижению целей правового регулирования законодательства о закупках, повлечет необоснованное, формальное ограничение прав и интересов субъектов хозяйственной деятельности.

Так, Арбитражный суд Свердловской области признал незаконным решение антимонопольного органа о внесении в РНП за уклонение от заключения контракта по причине несоизмерности наказания степени вины.

Победитель аукциона, имевший намерение подписать контракт, несвоевременно представил обеспечение исполнения контракта. При этом он открыл счет в уполномоченном банке, положил на него соответствующую сумму денежных средств, которые подлежали автоматическому списанию для обеспечения исполнения контракта на указанный заказчиком счет. Однако банк перевод по каким-то причинам не осуществил, что подтверждается материалами дела.

По заключению суда, участник не имел намерений уклониться от заключения контракта и от исполнения обязательств по нему, предпринимал действия, направленные на заключение контракта, при этом доказательства, безусловно свидетельствующие об обратном, в материалах дела отсутствовали.

Суд посчитал, что привлечение уклонившегося от заключения контракта участника к ответственности в виде включения сведений о нем в РНП будет носить карательный характер, не будет отвечать *принципу соразмерности санкции характеру правонарушения и наступившим последствиям*⁹.

Непротиворечивость и полнота информации

Важна также *корректность информационной составляющей всего процесса закупки*. Неустраненные противоречия в закупочной документации, которые вводят участников в заблуждение, могут стать основанием признания действий по уклонению победителя от заключения договора не содержащими признака недобросовестности.

Так, решением Арбитражного суда г. Москвы от 10 июля 2020 г. по делу № А40-60537/20-93-447 отменено решение Московского УФАС о внесении в РНП участ-

ника за уклонение от заключения договора по результатам закупки в рамках Закона № 223-ФЗ.

Победивший участник уклонялся от заключения договора, поскольку считал его условия в технической части заведомо невыполнимыми. Об этом свидетельствовали проведенные им переговоры с заказчиком и официальные обращения о том, что документация закупки содержит требования к некоторым позициям спецификации закупаемой продукции, которые не соответствуют ГОСТу и заведомо невыполнимы. Несмотря на это, изменений в закупочную документацию заказчиком внесено не было. После признания участника победителем сторонами велась переписка относительно объемов и сроков поставки некоторых других позиций.

В мотивировочной части решение суда указано, что участника *звели в заблуждение противоречивые требования к поставляемой продукции*, а также ошибки в закупочной документации относительно ассортимента подлежащей поставке продукции. Тем самым *организатором закупки нарушены требования к информационному обеспечению закупки*.

Суд привел ссылку на разъяснение, содержащееся в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I ч. 1 ГК РФ», о том, что, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей в том числе в получении необходимой информации.

То есть со стороны заказчика есть обязанность предоставлять в закупочной документации, включающей техническое задание, проект контракта и порядок проведения процедуры, корректную, непротиворечивую информацию. При этом неоспаривание имеющихся в документации противоречий не должно рассматриваться априори как вина участника, поскольку на этапе подготовки заявки он мог и не усматривать этого противоречия. Иное требует доказательства. Также в отношении заказчика ему будет вменено в вину невнесение необходимых изменений в документацию, если от участников поступали официальные обращения с информацией о наличии в документации противоречий.

Добросовестность уклонения

Необходимо также исследовать вопрос добросовестности участника при намеренном уклонении от заключения контракта/договора в части предотвращения большего урона/ущерба/риска заказчику при его заключении и некачественном исполнении или полном неисполнении.

⁹ См. решение Арбитражного суда Свердловской области от 29 июля 2020 г. по делу № А60-18611/2020 // <https://ras.arbitr.ru/> (Дата обращения: 08.09.2020)

Заключение коммерческой сделки стороны осуществляют на свой страх и риск, обеспечивая при этом должную осмотрительность при вступлении в договорные отношения. С учетом этого, принимая решение о заключении контракта/договора по результатам закупочной процедуры, победивший участник дополнительно оценивает свои риски и экономическую эффективность по исполнению договорных обязательств. И если эта оценка оказывается не в его пользу, то есть не позволяет ему получить то, на что он рассчитывал при подаче заявки, то его осознанное, а значит, намеренное (виновное) решение о незаключении контракта/договора будет для другой стороны (заказчика) скорее выгодным, поскольку снижает риски более значительного вреда от неисполнения договорных обязательств, чем явно негативным, создающим некомпенсируемые убытки, которые он понесет от незаключения сделки на условиях заявки данного участника.

Согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Действия победившего участника по уклонению от заключения контракта/договора могут рассматриваться в контексте намерения недопущения последующего причинения большего вреда другому лицу (заказчику), пусть и с нарушением закона, чем вред от самого уклонения. Это подтверждается простым сопоставлением сумм издержек заказчика на проведение одной закупочной процедуры и/или заключение договора со следующим участником с суммами претензий и убытков от некачественного исполнения или полного неисполнения контрактов/договоров.

Так, издержки заказчика на проведение одной процедуры по Закону № 44-ФЗ оцениваются за 2018 г. в среднем в 8,3 тыс. руб. [3] при средней цене контракта 1,9 млн руб. Однако выгрузка данных из ЕИС показывает, что средняя сумма выставленных заказчиками за 2018 г. неустоек на один контракт, исполненный с нарушениями сроков, составляет 348,7 тыс. руб./контракт при средней цене такого контракта 9,8 млн руб.¹⁰, а доля таких контрактов составляет 3,1% от всех заключенных. То есть суммы выставляемых штрафных санкций за нарушение условий контракта в расчете на один контракт выше прямых издержек на проведение повторной процедуры или заключение контракта со вторым участником (без учета разницы в цене со вторым победителем). Но штрафные санкции — это прямая

и однозначная компенсация ущерба заказчику, а трансакционные издержки на проведение процедуры компенсируются только в случае наличия в условиях проведения закупки требования о предоставлении обеспечения участия в процедуре.

Учитывая, что в РНП за уклонение от заключения контрактов в 2018 г. внесено поставщиков всего 0,075% от числа всех конкурентных процедур, суммарные цифры ущерба от неисполнения контрактов несопоставимо выше суммарных трансакционных издержек на проведение повторных процедур или заключение договоров со вторым участником, по которым последовало внесение в РНП. Это означает, что уклонение участника от заключения контракта наносит значительно меньший вред заказчику и обществу, чем возможное неисполнение им своих обязательств в случае заключения контракта. Следовательно, внесение в РНП с последующим ограничением от участия в закупках за факт уклонения от заключения контракта является явно несоразмерным наказанием по отношению к уровню наносимого вреда таким деянием участника.

Конечно, суммы претензий выплачиваются заказчику, компенсируя возможный ущерб от ненадлежащего исполнения контракта. Однако это не умаляет вреда публично-правовому/общественному интересу от несвоевременно поставленных лекарственных средств, не вовремя сданных школ, больниц, детских садов, плохо сделанных дорог или некачественного детского питания.

Вместе с тем ущерб при уклонении от заключения договора возникает не всегда. Имели место случаи, когда заключение контракта со вторым участником было более выгодно по цене, чем с победившим (если при проведении конкурсов и запросов предложений побеждает участник с большей ценой, набравший больше баллов в основном по неценовым критериям, или повторно проведенная закупка приводит к заключению контракта с более низкой ценой)¹¹.

Интересен пример внесения в РНП московского завода микроэлектроники АО «Ангстрем», который иллюстрирует ряд вышеприведенных выводов.

В ноябре 2019 г. Минпромторг России объявил открытый конкурс на выполнение опытно-конструкторских работ по освоению производства полупроводникового изделия для гособоронзаказа с начальной ценой 114 млн руб. и сроком исполнения 3 года (один год — один этап). В закупочной документации было указано, что предусмотрено авансирование в размере 80% цены этапа работ, но в то же время в проекте контракта установлено, что обеспечение исполнения обязательств по контракту, в том числе по возврату аванса, установ-

¹⁰ Источник: ЕИС-Мониторинг. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации.

¹¹ См. пример с АО «Ангстрем».

ливается в размере 91,68 млн руб. Обеспечение участия в закупке составляло 573 тыс. руб.

АО «Ангстрем», одно из новейших и ведущих российских предприятий по производству микроэлектроники, подало заявку на участие с ценой, равной начальной цене конкурса, и признано победителем среди четырех участников, набрав максимальные баллы на этапе оценки заявок с учетом баллов по опыту исполнения подобных работ. После публикации итогового протокола победителю был направлен контракт на подписание и предложено представить обеспечение в размере 91,68 млн руб. со сроком действия 3 года.

АО «Ангстрем» представило протокол разногласий, предложив разделить обеспечение по этапам выплаты аванса. Заказчик отказался учесть данное замечание, сославшись на ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ, где говорилось, что если аванс превышает 30% начальной (максимальной) цены контракта, размер обеспечения исполнения контракта устанавливается в размере аванса. АО «Ангстрем» не подписало контракт в установленный срок, не смогло представить обеспечение и было признано уклонившимся от заключения контракта, после чего на основании представленных заказчиком материалов внесено в РНП сроком на 2 года. Исковое заявление о пересмотре решения ФАС России суд не удовлетворил, указав на правомерность включения в РНП, учитывая наличие факта уклонения и ссылаясь на необходимость для участника торгов при подаче заявки «осознавать наступление определенных последствий своих действий, в том числе и наступление неблагоприятных для него последствий».

Вроде бы все поступили согласно закону и аргументация решений правильная. Однако при более глубоком рассмотрении вопроса возникают существенные нюансы в части справедливости и разумности распределения рисков в данной процедуре закупки.

С точки зрения коммерческой компании, которая пожелает взяться за такую работу, предложенные в проекте контракта условия оплаты и предоставления обеспечения предельно невыгодны, несмотря на кажущуюся привлекательность за счет большого аванса. От исполнителя сначала требуется выплатить заказчику (или представить банковскую гарантию, что почти равносильно выплате, так как банки в основном требуют депонировать у них на счете на срок контракта соответствующую сумму) 80% цены контракта — 91,68 млн руб., а взамен получить аванс всего в размере 19,5 млн руб. (80% от цены этапа) и затем каждый последующий год получать еще такую же сумму. Суммарный денежный поток будет отрицательным почти до конца контракта. Это крайне невыгодно исполнителю с финансовой точки зрения и не соответствует принципу справедливости распределения прав и обязанностей сторон сделки (ч. 2, ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Конечно же, участник при подаче заявки должен был оценить эти риски. Но даже если он их не увидел и спохватился позже, является ли это признаком недобросовестного поведения? Если не было прямого намерения сорвать торги, то конечно — нет. Это неосмотрительность, неопытность, даже, может, неграмотность (незнание законодательства), но не недобросовестность.

Через три месяца заказчик повторно объявил данную процедуру с более высокой начальной ценой — 122,1 млн руб. В ней победил участник с ценой 91,5 млн руб., то есть снижение составило 25%. Таким образом, заказчик даже выиграл от того, что первый участник уклонился от заключения контракта, получив по результатам повторной процедуры существенную экономию на цене контракта, а также удержав сумму обеспечения участия в закупке. Так какой же вред нанес уклонившийся участник заказчику, государству и обществу? И заслуживает ли его поведение такого наказания, как отстранение от рынка государственных и корпоративных закупок на 2 года? По мнению автора, примененная мера ответственности в данном случае явно несопоставима последствиям деяния.

Включение в РНП во многих случаях создает для участника рынка более существенный вред по сравнению с тем, который он нанес (или предотвратил) заказчику при уклонении от заключения контракта. Упущенная выгода внесенного в РНП предпринимателя, возникающая от потери возможности участия в течение установленного срока в процедурах регулируемых закупок, может (учитывая участие более чем в одной процедуре) быть значительно выше операционных издержек заказчика по проведению процедуры всего лишь по одному незаключенному контракту. Более того, уклонившийся участник теряет обеспечение участия в закупке (если оно установлено), а это прямые убытки такого участника. Следовательно, последствия от применения предусмотренного в настоящее время комплекса мер ответственности за уклонение от заключения контракта (потеря обеспечения и внесение в РНП) в большинстве случаев превышают уровень наносимого вреда.

Однако регулятор пока не спешит отказываться от данного основания внесения в РНП с вытекающими последствиями, поскольку не найден иной механизм учета рисков от такого поведения участника, а существующий инструмент весьма практичен и прост в администрировании.

Суды в текущей практике используют взвешенный подход к оценке представленных сторонами доказательств при рассмотрении исков по исключению из РНП, защищая права участника закупки как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, что наиболее полно соответствует балансу частных и публичных интересов, на необходимость соблюдения которого ука-

зал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 29.03.2011 № 2-П¹².

В своих судебных актах Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал, что применяемые государственными органами санкции, в том числе штрафного характера, должны отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, в том числе соответствовать принципу юридического равенства, быть соразмерными конституционно защищаемым целям и ценностям, исключать возможность их произвольного истолкования и применения (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 30.07.2001 № 13-П, от 21.11.2002 № 15-П). Последствия по наложению санкции в виде включения сведений о лице в РНП могут иметь более тяжкий экономический характер для такого лица, чем наложение штрафа или неустойки.

Изложенное выше позволяет прийти к выводу: *уровень сложности администрирования применения правовой нормы обратно пропорционален вероятности несправедливого наказания, но прямо пропорционален точности и глубине определения объективной стороны деяния*. Соответственно, чем проще инструмент определения нарушения, тем выше вероятность вынесения несправедливого решения и наказания.

Попробуем продемонстрировать это на примере из правил дорожного движения.

Когда нарушение скорости на дороге фиксировалось инспекторами с применением ручных радаров, определяющих скорость движения, то была высока вероятность ошибки, поскольку у таких приборов существовала погрешность, и они не фиксировали нарушителя, то есть не делали фото, однозначно свидетельствующего, что это скорость транспортного средства, к водителю которого предъявляется обвинение. Поэтому и случались вечные споры водителей с инспекторами по вопросу вины и доказательной базы. Очевидно, что не во всех случаях действительно происходили нарушения скоростного режима, а значит, некоторые штрафы выписывались несправедливо.

С началом использования более сложных стационарных камер видеофиксации, установленных в рамках соответствующих правил и законов, фиксирующих время, место, скорость, фото и дорожную обстановку, являющихся правовыми доказательствами факта нарушения, недостатки ручных приборов были устранены, что привело к улучшению точности фиксации факта, а значит, к повышению справедливости в выносимых решениях.

Конечно, простая фиксация факта и применение наказания без определения обстоятельств дела значительно менее затратный механизм, чем детальное разбирательство для каждого случая нарушения. Однако с развитием технического прогресса, расширением цифровизации данных, повышением уровня осмысления общественного блага нормативное регулирование должно совершенствоваться в соответствии с этим, меняя устаревшие нормы с высокими рисками несправедливых решений на более рациональные с использованием высокотехнологичных механизмов фиксации фактов, расчета рисков и последующего применения этих данных в практике закупок.

4. Направления совершенствования

С учетом высказанных выше суждений и позиции судов относительно признаков противоправного уклонения от заключения контракта следует, что в настоящее время для принятия решения о внесении в РНП необходимо одновременное выполнение следующих условий:

а) надлежащее информационное обеспечение закупки, то есть отсутствие в извещении и документации двусмысленностей, противоречий, пробелов, своевременные и полные ответы заказчиков на подаваемые запросы и внесение изменений в документацию при необходимости;

б) наличие противоправного виновного намерения участника уклониться от заключения договора без уважительных и оправдывающих его причин;

в) возникновение ущерба для заказчика и бюджета;

г) соразмерность санкции характеру правонарушения.

При этом обязанность доказывания всего вышеизложенного лежит на антимонопольной службе, рассматривающей обращение заказчика. В отсутствие доказательств в мотивационной части решения комиссии суды становятся на защиту участника как более слабой стороны в деле.

Исходя из вышеуказанного анализа решений судов и представленной статистики, а также с учетом озвученных Минфином России на пресс-конференции 15 июня 2020 г. изменений в Закон 44-ФЗ в части введения универсальной предквалификации участников по контрактам с НМЦК выше определенного предела, можно предположить, что в новых условиях внесение в РНП за уклонение от заключения контракта/договора будет уже излишним, а связанное с этим ограничение участия в госзакупках — избыточным, поскольку по результатам предквалификации к закупкам будут допускаться участники, доказавшие свой минимально необходимый опыт, а значит, и добросовестность по исполнению ранее заключенных контрактов. Что касается контрактов, где не будет применяться универсальная предквалификация, использование данной меры также нецелесообразно

¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29.03.2011 № 2-П «По делу о проверке конституционности положения п. 4 ч. 1 ст. 16 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой муниципального образования — городского округа «Город Чита»».

в связи с неочевидностью недобросовестности участника, так как потребует каждый раз выяснять все обстоятельства объективной стороны дела, а также оценивать наносимый вред и сопоставлять его с мерой ответственности. Кроме того, учитывая статистику внесения в РНП субъектов малого предпринимательства, внесение их в РНП за уклонение от заключения контрактов очевидно конфликтует с государственной политикой поддержки малого предпринимательства в России.

Поскольку большинство процедур, где наблюдалось уклонение от заключения, имеют начальную (максимальную) цену менее 10 млн руб., создаваемый уклонением от заключения контракта вред предположительно будет составлять незначительную сумму. К тому же он частично компенсируется удерживаемыми обеспечениями на участие в закупке. В то время как операционные издержки государства на внесение в РНП (трудозатраты заказчика на подготовку документов, работа комиссии антимонопольного органа, поддержка ресурса ведения РНП, возможные судебные издержки и трудозатраты) несопоставимо выше уровня предотвращаемого ущерба.

Однако совершенно не учитывать факт уклонения участника от заключения контракта нельзя, поскольку это будет противоречить публично-правовому интересу государства в лице представляющих его государственных и муниципальных заказчиков, а также организаций с государственным участием в снижении степени риска неисполнения контрактов/договоров и в необходимости мотивации участников рынка к добросовестному участию в закупочных процедурах и исполнению заключаемых сделок.

Исходя из теории трансакционных издержек, при понижении их в одном месте они повышаются в другом [4]. Значит, совсем отказаться от меры сдерживания недобросовестного или спонтанного поведения участников при подаче заявок нельзя, так как в этом случае освободившиеся государственные операционные издержки по внесению в РНП будут перенесены в издержки по устранению ущерба от некачественного выполнения контрактов/договоров. Следовательно, при рассмотрении вопроса избыточности меры по внесению участника в РНП за уклонение от заключения контракта нужно найти место применения этого факта в другом инструменте по снижению последующих рисков вступления в правоотношения с таким участником.

В связи с этим представляется целесообразным учитывать факт уклонения от заключения контрактов/договоров как один из факторов при расчете индекса деловой репутации, исключив данный факт из оснований для внесения в РНП. Правовые основы, источники информации, механизм расчета индекса деловой репутации и предложения по его применению в закупках рассмотрены автором еще в 2016 г. [5]. В то время опыт применения РНП в закупках еще не исследовался детально, по-

этому уклонение от заключения договора как негативный фактор для расчета индекса не рассматривался. Но на сегодняшний день с учетом перспективных изменений в законодательство о контрактной системе вопрос переноса этого основания из состава нарушений, за который осуществляется внесение в РНП, в перечень негативных факторов для расчета индекса деловой репутации очевидно назрел и актуален.

Целесообразно также рассмотреть внедрение новых оснований для включения в РНП, таких как поставка контрафактной продукции, фальсификация и подделка документов, как очевидных фактов недобросовестного поведения. При наличии в правовом поле инструментов доказывания и вынесения судебных решений такие факты однозначно должны приводить к ограничению участия в процедурах государственных и муниципальных закупок лиц, по которым вынесены соответствующие приговоры.

Положительный опыт применения индекса деловой репутации в совокупности с отборочными квалификационными требованиями накоплен в практике закупок Госкорпорации «Росатом» и ее дочерних и зависимых обществ, где он применяется с 2017 г. Показатели доли контрактов, исполненных с нарушениями, в атомной отрасли за последние три года снижаются.

Введение в практику закупок (как минимум для закупок выше определенного ценового порога) дополнительных отборочных требований, связанных с учетом предшествующего сопоставимого опыта, наличием необходимых ресурсов, перенос факта уклонения от заключения контракта из оснований внесения в РНП в факторы расчета индекса деловой репутации участника, по мнению автора, поможет изменить негативную тенденцию роста числа контрактов, исполняемых с нарушениями, повысит точность оценки рисков заказчика по взаимодействию с конкретным поставщиком, усилит стимулирование добросовестного исполнения контрактов. Данные изменения будут содействовать развитию малого бизнеса, повышению эффективности системы государственных и муниципальных закупок, экономии бюджетных средств и поступательному развитию экономики России. ■

Литература [References]

1. Коуз Р. Фирма, рынок и право. М.: Новое издательство, 2007. 224 с. (Библиотека Фонда «Либеральная миссия»). [Coase R. The Firm, the Market and the Law, M: New Publisher, 2007. 224 p. (Library of "Liberal Mission" Foundation)].
2. Татанова И. Как добиться обеспечительных мер. Порядок оспаривания решений ФАС России о включении в Реестр недобросовестных поставщиков. КонсультантПлюс, www.consultant.ru (Дата обращения: 04.08.2020) [Tatonova I. How to achieve security

Реестр недобросовестных поставщиков: требуется совершенствование

- measures. Procedure for challenging FAS decisions on inclusion in the Register of unfair suppliers. ConsultantPlus].
3. Авдашева С.Б., Яковлев А.А., Головщинский К.И., Шамрин А.Т. и др. Регламентированные закупки в России // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. № 60, 2020. С. 28—61. [Avdasheva S.B., Yakovlev A.A., Golovschinskiy K.I., Shamrin A.T. at all., Regulated Procurement in Russia // Goszakaz: management, placement, provision. № 60. 2020. P. 28—61 (In Russ.)]
 4. Аузан А.А. Экономика всего. Как институты определяют нашу жизнь. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 160. [Auzan A.A. Economics of all. How institutions change our life. M: Mann, Ivanov & Ferber, 2014, p. 160.]
 5. Тихомиров П.А. Оценка деловой репутации участника для применения в закупочной деятельности // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. № 45. 2016. С. 52—61. [Tikhomirov P.A. Evaluation of the supplier's business reputation for use in procurement activities. Goszakaz; management, placement, provision. № 45. 2016. P. 52—61 (In Russ.)]

Сведения об авторе

Тихомиров Павел Анатольевич: начальник управления корпоративных реформ и закупок АНО «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации»
E-mail: p.tihomirov@ac.gov.ru, pavel-ti@yandex.ru

УДК: 346.7
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта с единственным поставщиком (на примере уголовно-исполнительной системы)

**Хомяков А.Н.,
Алиев В.А.,**
Башкортостанское
УФАС России,
450008, Россия, Республика
Башкортостан, г. Уфа,
ул. Пушкина, д. 95

Москвитин О.А.,
Институт конкурентной
политики и регулирования
рынков НИУ ВШЭ,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
109028, Россия, г. Москва,
Покровский б-р, д. 11, каб. М205,
105005, г. Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Бочинин И.П.*,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
Московский государственный
юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
105005, Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

Аннотация

Законодательство о контрактной системе допускает в определенных случаях осуществление закупок у единственного поставщика, минуя проведение конкурентных процедур. Одним из случаев являются производство товара, выполнение работы, оказание услуги, осуществляемые учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, утвержденным Правительством Российской Федерации. Практика показывает, что в ряде случаев заказчики и (или) поставщики могут необоснованно пользоваться предоставленной законодательством возможностью, формально заключая государственный (муниципальный) контракт с учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы, минуя конкурентные процедуры, когда реально исполнением контракта занимается сторонний хозяйствующий субъект. Авторами отмечается, что такие ситуации фактически являют собой обход предусмотренных законодательством конкурентных процедур выбора поставщика, противоречат принципам и идеям регулирования, заложенным в Законе о контрактной системе.

Ключевые слова: контрактная система, конкурентные процедуры, единственный поставщик, уголовно-исполнительная система.

Для цитирования: Хомяков А.Н., Алиев В.А., Москвитин О.А., Бочинин И.П. Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта с единственным поставщиком (на примере уголовно-исполнительной системы) // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 84–89. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Inadmissibility of Imitation of Compliance With the Law when Concluding a State Contract With a Sole Supplier (on the Example of the Penal System)

Andrey N. Khomyakov,

Vadim A. Aliev,

Bashkortostan UFAS of Russia,
Pushkina str., 95, Ufa,
Republic of Bashkortostan,
450008, Russia

Oleg A. Moskvitin,

Higher School of Economics,
Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Pokrovsky Boulevard, 11, of. M205,
Moscow, 109028, Russia
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia

Ilya P. Bochinin*,

Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Kutafin Moscow State Law
University,
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

The legislation on the contract system allows in certain cases to make purchases from a sole supplier without using competitive procedures. One of the cases is the production of goods, performance of works, rendering of services performed by an institution or enterprise of the penal enforcement system in accordance with the list of goods, works, and services approved by the Government of the Russian Federation. The practice shows that in some cases, customers and (or) suppliers may unreasonably use the opportunity provided by the legislation, formally concluding a state (municipal) contract with an institution or enterprise of the penal system, bypassing competitive procedures, when actually a third-party business entity is engaged in the execution of the contract. The authors note that such situations actually constitute a circumvention of the competitive procedures for selecting a supplier provided for by law, and contradicts the principles and ideas of regulation laid down in the Law "On the contract system".

Keywords: *contract system, competitive procedures, sole supplier, penal system.*

For citation: Khomyakov A.N., Aliev V.A., Moskvitin O.A., Bochinin I.P. Inadmissibility of imitation of compliance with the law when concluding a state contract with a sole supplier (on the example of the penal system) // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 84–89, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-84-89>

The authors declare no conflict of interest.

Согласно ст. 6 и 8 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)¹ одним из принципов контрактной системы в сфере закупок является принцип обеспечения конкуренции. По своей сути, данный принцип подразумевает, что любое заинтересованное лицо имеет возможность стать поставщиком (подрядчиком, исполнителем). Кроме того, важно, что ч. 2 ст. 8 Закона о контрактной системе прямо запрещает участникам закупочных процедур совершение любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

При этом сам Закон о контрактной системе в определенных случаях допускает возможность осуществления закупки у единственного поставщика. Данный способ

¹ См.: СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

осуществления закупочных процедур по своей природе является неконкурентным и фактически прямо противопоставляется Законом о контрактной системе иным — конкурентным — способам. Так, в ч. 1 ст. 24 Закона о контрактной системе указывается, что заказчики при осуществлении закупок используют конкурентные способы определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей) или осуществляют закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя). Согласно ч. 5 той же статьи заказчик выбирает способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в соответствии с положениями гл. 3 Закона о контрактной системе. При этом заказчик не вправе совершать действия, влекущие за собой необоснованное сокращение числа участников закупок.

Безусловно, избрание неконкурентного способа осуществления закупки строго ограничено основаниями, предусмотренными законом. Эти основания, представляющие собой исчерпывающий перечень, приведены в ст. 93 Закона о контрактной системе. Отметим, что согласно ст. 16 Федерального закона от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций»² до 31 декабря 2020 г. включительно Правительство Российской Федерации в дополнение к случаям, предусмотренным ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе, вправе устанавливать иные случаи осуществления закупок товаров, работ, услуг для государственных и (или) муниципальных нужд у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), а также определять порядок осуществления закупок в таких случаях. Закупка у единственного поставщика не по основаниям, установленным указанными нормами права, является серьезным нарушением законодательства о контрактной системе, нарушает принцип обеспечения конкуренции, поскольку не позволяет «другим потенциальным участникам реализовать возможность заключить контракт» [1].

Одним из оснований для заключения государственного (муниципального) контракта путем неконкурентного способа осуществления закупок в соответствии с п. 11 ч. 1 ст. 93 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (Закон о защите конкуренции) является производство товара, выполнение работы, оказание услуги, осуществляемые учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы в соответствии с перечнем товаров, работ, услуг, утвержденным Правительством Российской Федерации. Данный перечень утвержден Поста-

новлением Правительства РФ от 26 декабря 2013 г. № 1292⁴.

Эта важная норма закона основана, по мнению авторов статьи и ряда других исследователей, в том числе на необходимости обеспечения права (а согласно ст. 103 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации⁵ (УИК РФ) — на обязанности) граждан, находящихся в организациях уголовно-исполнительной системы, на труд и получение за это оплаты, их трудовой адаптации [2]. На практике подобные закупки у единственного поставщика могут быть обусловлены «необходимостью увеличения объемов привлечения осужденных к оплачиваемому труду, поддержки учреждений и предприятий уголовно-исполнительной системы, что, как следствие, ведет к уменьшению социальной напряженности в обществе, улучшению условий содержания, уменьшению задолженности по исполнительным листам»⁶. Некоторые авторы обоснованно, по нашему мнению, обращают внимание на возникновение в праве «особого социально справедливого юридического института преимуществ» для отдельных категорий хозяйствующих субъектов [3].

С учетом изложенного важность и обоснованность применения рассматриваемого исключения из конкурентного распределения государственного (муниципального) заказа не вызывают сомнений в случаях, когда заказываемые товары (работы, услуги) производятся непосредственно организациями уголовно-исполнительной системы.

Однако в ряде случаев заказчики, осуществляя закупки у единственного поставщика по вышеуказанному основанию, сталкиваются с тем, что товар, работы, услуги, соответственно, произведены, выполнены или оказаны не непосредственно учреждением или предприятием уголовно-исполнительной системы, а иным лицом, нанятым единственным поставщиком для исполнения заключенного контракта.

В этом контексте показательным, по нашему мнению, является дело № А07-11342/19, в котором заказчик требовал признания недействительным решения Башкортостанского УФАС России от 21 марта 2019 г. по делу № ВП-267/18 по результатам внеплановой проверки соблюдения законодательства о контрактной системе, которым в действиях заказчика было установлено нарушение ч. 5 ст. 24 Закона о контрактной системе.

⁴ См.: СЗ РФ. 2014. № 2 (ч. 1). Ст. 116.

⁵ См.: СЗ РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

⁶ См., например, решение Красноярского УФАС России от 12 сентября 2018 г. № 1108 // Единая информационная система в сфере закупок. URL: <https://zakupki.gov.ru/epz/complaint/card/documents.html?id=1845949&backUrl=0a363307-aad3-4078-9b37-3a60140163a8> (Дата обращения: 29.04.2020).

² См.: СЗ РФ. 2020. № 14 (ч. 1). Ст. 2028.

³ См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта...

В данном деле государственный заказчик разместил два извещения об осуществлении закупок у единственного подрядчика на выполнение работ по капитальному ремонту. Применение неконкурентного способа закупки было обосновано п. 11 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе.

При этом, как было установлено комиссией территориального антимонопольного органа, подрядчик, являющийся предприятием уголовно-исполнительной системы, привлечен к исполнению заключенных контрактов стороннего хозяйствующего субъекта — коммерческую организацию. Путем заключения таких фактически субподрядных контрактов сам поставщик самостоятельно выполнил не более 5% объема работ по каждому из двух контрактов с государственным заказчиком.

Суды⁷, подтверждая законность решения территориального антимонопольного органа, указали, что положение п. 11 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе является императивной нормой, предполагающей, что «обязательным условием для осуществления закупки и заключения контракта с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем) имеет значение его непосредственное исполнение собственными силами». Итоговый сущностный вывод, сделанный судами, сводится к следующему: «законодатель предусмотрел возможность осуществления закупки у исправительного учреждения как у единственного поставщика, которое выполняет работы самостоятельно, однако в ином случае закупка должна осуществляться конкурентным способом в соответствии с общими положениями, предусмотренными законом о контрактной системе».

Стоит отметить, что ФАС России уже обратила внимание своих территориальных органов и руководителей субъектов РФ на наличие проблемы фактического «обхода» Закона о контрактной системе при закупке у единственного поставщика — учреждения, предприятия уголовно-исполнительной системы. Так, в Письме ФАС России от 14 ноября 2019 г. № ИА/100040/19 «По вопросу о заключении контракта с учреждением уголовно-исполнительной системы как с единственным поставщиком» (далее — Письмо ФАС России) антимонопольной службой указано, что заключение контракта путем неконкурентного способа определения поставщика возможно только в случае, если производство товара, выполнение работы, оказание услуги осуществляются непосредственно учреждением и предпри-

ятием уголовно-исполнительной системы. Более того, как показывает анализ литературы, существовавшей и до принятия Письма ФАС России, к аналогичным выводам приходили исследователи и ранее⁸ [4].

По сути, позиция об обратном провозглашает возможность заключения контракта с одним лицом, минуя установленные Законом о контрактной системе конкурентные процедуры, с последующей возможностью «передачи» такого контракта на исполнение стороннему хозяйствующему субъекту, не имеющему никакого отношения к уголовно-исполнительной системе, иным основаниям закупки у единственного поставщика по ст. 93 Закона о контрактной системе. Такой хозяйствующий субъект, как представляется, занимает преимущественное положение относительно других хозяйствующих субъектов, которые потенциально смогли бы участвовать в конкурентной процедуре и в случае победы заключить с заказчиком такой же (или лучший по условиям для соответствующего бюджета заказчика) контракт, как заключенный единственным поставщиком. Такое положение дел, по нашему мнению, является нарушением принципов и идей, заложенных в основание законодательства о контрактной системе, приводит к негативному влиянию на конкуренцию, ее ограничению. При этом, как неоднократно отмечалось в судебной практике и практике антимонопольных органов, в тех случаях, когда проведение торгов необходимо в силу закона, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию (например, Постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 14686/10 по делу № А13-10558/2008⁹, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 ноября 2019 г. № Ф03-4746/2019 по делу № А24-8142/2018¹⁰ решение Татарстанского УФАС России от 29 мая 2019 г. № ИП-06/7804¹¹ и др.). Такие выводы подтверждаются

⁷ См.: Решение Арбитражного суда Республики Башкортостан от 30 августа 2019 г., Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 5 декабря 2019 г., Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23 марта 2020 г. по делу № А07-11342/2019 // Картоoteca арбитражных дел. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/eccac1d3-fc1a-401f-bfa3-d6d734140251> (Дата обращения: 29.04.2020).

⁸ Комментарий к Федеральному закону «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (постатейный) / председатель ред. коллегии И.Ю. Артемьев // Подготовлен для СПС КонсультантПлюс. 2015. Доступ из СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 10.04.2020).

⁹ См.: Вестник ВАС РФ. 2011. № 7.

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 ноября 2019 г. № Ф03-4746/2019 по делу № А24-8142/2018 // Картоoteca арбитражных дел. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/1c68980f-fba5-473b-997e-4f2e8fbd7cab> (Дата обращения: 29.04.2020).

¹¹ Решение Татарстанского УФАС России от 29 мая 2019 г. № ИП-06/7804 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/to/tatarstanskoe-ufas-rossii/b014ad0c-b756-4ea4-9681-2506cfa24295/?query=%D0%98%D0%9F-06/7804> (Дата обращения: 29.04.2020).

и научным сообществом¹² [5]. Данная позиция свидетельствует также о потенциальной возможности в ситуации фактического обхода конкурентных процедур признания заказчиков нарушившими положения ст. 15 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также заказчиков и хозяйствующих субъектов нарушившими положения ст. 16 того же Закона в случае существования между ними сговора. Однако в настоящее время, по нашему мнению, может быть актуально разрешение вопроса о возможности, правомерности исполнения несущественного объема контракта сторонней организацией, в том числе в случаях объективной невозможности исполнения контракта в полном объеме учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы. Насколько нам известно, практика (решения) антимонопольных органов и судов по рассмотрению таких ситуаций пока отсутствует.

Выводы

1. Современная антимонопольная правоприменительная практика активно использует базовые положения Письма ФАС России от 14 ноября 2019 г. № ИА/100040/19. Так, в решении Челябинского УФАС России от 4 декабря 2019 г. по делу № 074/06/99-1983/2019(171-ВП/2019) заказчик был признан нарушившим положения ч. 5 ст. 24 Закона о контрактной системе. Комиссия территориального антимонопольного органа в данном деле, в том числе основываясь на содержании Письма ФАС России, сделала вывод, что работы должны выполняться исключительно соответствующими учреждениями и предприятиями уголовно-исполнительной системы. В данном же деле общая сумма работ, выполненных лично, составила около 10 500 000 руб. при цене контракта более 33 700 000 руб.¹³ Аналогичная практика активно развивается и Башкортостанским УФАС России. Так, схожие по своей сути выводы были изложены антимонопольным органом, в частности, в решениях от 28 января 2020 г. по делу № Т0002/06/99-214/2020, от 29 января 2020 г. по делу № Т0002/06/99-283/2020, от 3 февраля 2020 г. по делу № Т0002/06/99-354/2020 и др.

¹² Рекомендации Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Уральского округа по итогам заседания, состоявшегося 31 мая — 1 июня 2018 г. в г. Кургане. // Официальный сайт Арбитражного суда Уральского округа. URL: <https://fasuo.arbitr.ru/files/pdf/%20%20%D0%9D%D0%9A%D0%A1-%D0%90%D0%9F%D0%9A.pdf> (Дата обращения: 10.04.2020).

¹³ Решение Челябинского УФАС России от 4 декабря 2019 г. по делу № 074/06/99-1983/2019(171-ВП/2019) // Единая информационная система в сфере закупок. URL: https://zakupki.gov.ru/epz/controlresult/search/search_eis.html?searchString=0169300062019000046 (Дата обращения: 29.04.2020).

2. К настоящему времени также сложилась административная и судебная практика, признающая недопустимость осуществления «формальной» неконкурентной закупки у предприятия, учреждения уголовно-исполнительной системы как у единственного поставщика. Для применения данного способа закупки необходимо личное производство товара, выполнение работ, оказание услуг единственным поставщиком. Привлечение субподрядных организаций, иных лиц для исполнения государственного (муниципального) контракта в описанной в настоящей статье ситуации недопустимо, поскольку тем самым дискредитируется сам институт закупки у единственного поставщика: такой хозяйствующий субъект, не являющийся учреждением, предприятием уголовно-исполнительной системы, также, не нарушая требований Закона о контрактной системе, мог стать исполнителем контракта по итогам конкурентной закупочной процедуры. ■

Литература [References]

1. Гаранжа С. А. Комментарий к Обзору судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденному Президиумом ВС РФ 28.06.2017 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 8. С. 97—120. [Garanzha S. A. Commentary on the case law review concerning russian legislation on the contract system in public and municipal procurement of goods, works and services (adopted by the rf supreme court presidium on 28 june 2017) // Bulletin of economic Justice. 2017. № 8. P. 97—120 (In Russ.).]
2. Белянинова Ю. В., Кузьмин В. А. Комментарий к Федеральному закону от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» / Под ред. Н. С. Мановой. Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2015. [Belyaninova Y. V., Kuzmin V. A. Commentary to the Federal law of July 15, 1995 No. 103-FZ "On the detention of suspects and accused of committing crimes" / ed. By N. S. Manova. Saratov: AI PI Er Media, 2015 (In Russ.).]
3. Вайпан В. А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности. Монография. М.: Юстицинформ, 2020. 696 с. [Vaypan V. A. Implementation of the principle of social justice in the legal regulation of entrepreneurial activity. Monograph. Moscow: Justicinform, 2020. 696 p. (In Russ.).]

Недопустимость имитации соблюдения закона при заключении государственного контракта...

Сведения об авторах

Хомяков Андрей Николаевич: руководитель Башкортостанского УФАС России
E-mail: to02-homyakov@fas.gov.ru

Алиев Вадим Алиевич: заместитель руководителя Башкортостанского УФАС России
E-mail: to02-aliev@fas.gov.ru

Москвитин Олег Андреевич: заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов
E-mail: omoskvitin@hse.ru

Бочинин Илья Павлович: юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», аспирант кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА)
E-mail: I.Bochinin@dcpravo.ru

Аналитический обзор судебных дел с участием антимонопольного органа

Вовкивская Л.В.*

Финансовый университет при
Правительстве РФ,
ФАС России,
125993, Россия, г. Москва,
Ленинградский просп., 49,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Савостина Е.В.,

ФАС России,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Аннотация

Анализ правовых позиций арбитражных судов по делам о нарушении антимонопольного законодательства в части рассмотрения вопросов: срок давности привлечения к административной ответственности за совершение сделки экономической концентрации, определение доминирующего положения хозяйствующего субъекта, оспаривание предостережения антимонопольного органа, снижение административных штрафов, подходы к доказыванию антиконкурентных соглашений.

Цель: формирование единообразных подходов в правоприменительной практике по делам о нарушении антимонопольного законодательства.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, срок давности, злоупотребление доминирующим положением, предостережение, антиконкурентное соглашение, административный штраф.

Для цитирования: Вовкивская Л.В., Савостина Е.В. Аналитический обзор судебных дел с участием антимонопольного органа // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 90—93. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-90-93>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Analytical Review of Judicial Cases Involving Antitrust Body

Larisa V. Vovkivskaya*

Financial University under the
Government of the Russian
Federation,
FAS Russia,
Leningradsky Prospekt, 49,
Moscow, 125993, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia

Elena V. Savostina,

FAS Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

Analysis of the arbitration court's legal positions in cases of violation of antimonopoly legislation on the following issues: limitation period for the institution of administrative proceedings for merger deals, determining the dominant position of an economic entity, court actions against, Antimonopoly service warnings, administrative fines reductions, ways of proving anti-competitive agreements.

Purpose: the formation of uniform approaches in law enforcement practice in cases of violation of antitrust laws.

Keywords: antitrust laws, limitation period, abuse of dominant position, warning, anti-competitive agreements, administrative fine.

For citation: Vovkivskaya L.V., Savostina E.V. Analytical review of judicial cases involving antitrust body // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4(24). P. 90—93, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-90-93>

The authors declare no conflict of interest.

1. Верховный Суд Российской Федерации разрешил вопрос о том, с какого момента начинается исчисляться срок давности привлечения к административной ответственности за совершение сделки экономической концентрации без предварительного согласия антимонопольного органа.

Между двумя обществами в декабре 2017 г. был заключен ряд договоров о передаче нематериальных активов, связанных с сайтом job.ru. По условиям указанных договоров приобретению подлежали объекты гражданских прав, а именно товарные знаки, права по администрированию доменного имени job.ru, а также исключительные права на базу данных работодателей и базу данных соискателей. Акты приема-передачи на указанные объекты были составлены уже в январе — апреле 2018 г.

ФАС России, установив факт совершения данных сделок, пришла к выводу о необходимости получения предварительного согласия на их осуществление. Поскольку соответствующее ходатайство в антимонопольный орган не подавалось, общество-приобретатель в январе 2019 г. было привлечено к административной ответственности по ч. 3 ст. 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ)¹.

Суды трех инстанций, рассмотрев требования общества об отмене постановления ФАС России, пришли к выводу о наличии оснований для удовлетворения требований ввиду пропуска установленного ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ годичного срока давности привлечения к административной ответственности. Судами было указано, что срок давности начинается исчисляться с момента заключения договоров о передаче нематериальных активов, то есть с декабря 2017 г.

Данная позиция признана Верховным Судом Российской Федерации ошибочной. Высшая судебная инстанция обратила внимание на различие терминологии Закона о защите конкуренции и гл. 9 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ)².

Так, п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, в силу требований которого должно было быть получено предварительное согласие в отношении спорных сделок, предусматривает обязанность получения предварительного согласия антимонопольного органа при осуществлении определенных сделок. То есть Закон о защите конкуренции связывает возникновение обязанности по получению согласия не в отношении заключения договора, а в отношении осуществления сделки, поскольку именно оно может оказать влияние на конкуренцию.

Акты приема-передачи нематериальных активов являются такими сделками, следовательно, срок давности необходимо исчислять исходя из дат их подписания.

Таким образом, Верховным Судом Российской Федерации сформирована правовая позиция о нетождественности даты осуществления сделки экономической концентрации и даты заключения договора³.

2. Судами трех инстанций поддержано решение антимонопольного органа об установлении факта нарушения п. 1 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)⁴ в отношении цены на новую редакцию Атласа единой глубоководной системы европейской части Российской Федерации, являющегося навигационным документом, необходимым для осуществления деятельности судовладельцами.

Учреждение, установившее цену на Атлас, оспаривало принятое решение, полагая, что не занимает доминирующего положения, поскольку судовладельцы помимо атласа используют иные навигационные материалы.

Данные доводы были отклонены судами, которые указали на возможность установления доминирующего положения исходя из нормативных требований, согласно которым при плавании по внутренним водным путям не допускается использование карт и пособий, изданных иными лицами.

Суды отметили, что издание и реализация копий Атласа иными хозяйствующими субъектами, кроме учреждения, без письменного разрешения невозможны в силу прямого указания Положения о картографической деятельности, в связи с чем действующее регулирование картографической деятельности ограничивает возможность иных хозяйствующих субъектов издавать и реализовывать Атлас и свидетельствует о доминирующем положении учреждения.

Возможность снятия копии Атласа и последующее ее использование судовладельцами не может служить доказательством отсутствия доминирующего положения, поскольку копии, распечатки, прочие документы не являются товаром (услугой) и потому не оказывают влияние на долю учреждения в сфере издания Атласа.

Также при рассмотрении данного дела судами сделан вывод о невозможности применения метода сопоставимых рынков.

Суды отклонили довод учреждения о том, что установленная им цена на Атлас ниже, чем стоимость на аналогичные атласы в соседних бассейнах. Суды указали на необходимость учета того факта, что товар, изданный учреждением, является уникальным, не по-

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 07.04.2020) СЗ РФ. 07.01.2002, № 1 (ч. 1). Ст. 1.

² Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.09.2020 по делу № А40-45414/2019. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 30.11.2020).

⁴ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ, 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

звolyающим соотнести его с иными навигационными документами, распространяющими действие на иные бассейны. Уникальность товара и невозможность соотнесения его с иными навигационными документами, распространяющими действие на иные бассейны, вызвана тем, что бассейны рек, в которых администрации реализуют свои полномочия, являются неоднородными, каждому из них присущи уникальные особенности, что, в свою очередь, обуславливает уникальность навигационных документов.

С учетом этого судами выражена позиция о невозможности применения метода сопоставимых рынков в отношении рынков, продуктовые границы которых определяет уникальный товар⁵.

3. Право хозяйствующих субъектов на оспаривание отдельных ненормативных актов, принимаемых антимонопольным органом, не единожды становилось предметом рассмотрения в судебных инстанциях.

В настоящий момент на уровне Верховного Суда Российской Федерации сложилась практика о возможности оспаривания предупреждений, приказов о проведении проверки и возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Такие акты, как предупреждения, оспариваются значительно реже, и потому сложившаяся практика в отношении их судебного обжалования отсутствует. Вопрос о возможности проверки предупреждений в судебном порядке был разрешен Арбитражным судом города Москвы при рассмотрении указанных дел.

Суд, приняв во внимание предусмотренные Законом о защите конкуренции особенности правового статуса предупреждений, пришел к выводу о невозможности их обжалования.

Тот факт, что предупреждение имеет превентивный характер и не содержит требований о совершении каких-либо действий, не налагает на должностных лиц соответствующих обязанностей и не предусматривает ответственности, позволяет сделать вывод о том, что оно не обладает совокупностью необходимых оснований, предоставляющих хозяйствующему субъекту право на судебное обжалование в порядке, предусмотренном процессуальным законом.

С учетом таких выводов судом производство по делу об оспаривании предупреждения было прекращено⁶.

4. За установленное решением ФАС России нарушение п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции три

общества были привлечены к административной ответственности с назначением многомиллионных штрафов, которые в каждом случае составляли минимально предусмотренный Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях размер в 4% от всей выручки.

Суды первой и апелляционной инстанций при рассмотрении дел об оспаривании постановлений о привлечении к административной ответственности пришли к выводу о возможности снижения размера штрафа в 10 раз на основании ч. 3² ст. 4.1 КоАП РФ.

Суды посчитали возможным применить указанную норму ввиду совершения нарушения обществами впервые, оказания содействия антимонопольному органу при рассмотрении дел об административных правонарушениях и тяжелого финансового положения обществ.

С таким подходом не согласился суд кассационной инстанции, который направил дело на новое рассмотрение.

Кассация обратила внимание нижестоящих судов на то, что на основании ч. 3² ст. 4.1 КоАП РФ штраф может быть снижен только при исключительности обстоятельств, связанных с характером правонарушения.

Снижение санкций (законодательное или правоприменительное) допустимо только до той черты, за которой утрачивает действенность общая и частная превенция административных правонарушений и начинается нарушение прав и свобод граждан, защищаемых антимонопольным законодательством. При этом само по себе тяжелое финансово-экономическое положение юридического лица — не основание от освобождения его от специально высоких штрафных санкций.

Имущественное и финансовое положение общества имеет факультативное значение и само по себе, в отсутствие исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, не может служить основанием для назначения административного наказания ниже низшего предела.

Обстоятельства, которые в норме закона поименованы как смягчающие административную ответственность, не могут быть признаны подтверждением исключительности нарушения.

При этом тот факт, что общества ранее к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства не привлекались, не является основанием для снижения размера штрафа ниже низшего предела, поскольку это обстоятельство не влияет на степень вины и общественную опасность совершенного административного правонарушения.

Принятые судом кассационной инстанции акты позволяют сделать вывод о наметившейся тенденции тщательной проверки доводов заявителей о наличии смягчающих или исключительных обстоятельств с учетом

⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.10.2020 по делу № А40-275785/2019 <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 30.11.2020).

⁶ Решения Арбитражного суда города Москвы от 12.11.2020 по делу № А40-181232/2020 и от 17.11.2020 по делу № А40-163375/2020 <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 30.11.2020).

особой защиты государством отношений по поддержке конкуренции⁷.

5. Решение Челябинского УФАС России о запрещенном п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции соглашении между региональным оператором капитального ремонта и обществом прошло судебную проверку.

Региональный оператор в июне-июле 2018 г. проводил электронный аукцион на выполнение работ по ремонту или замене лифтового оборудования, признанного непригодным для эксплуатации, ремонту лифтовых шахт (112 лифтов в г. Челябинске). Начальная цена закупки составила 219,7 млн руб.

Из 6 поданных заявок для участия в аукционе были допущены заявки только двух обществ, второе из которых непосредственно в аукционном торге не участвовало.

Челябинское УФАС России в ходе рассмотрения жалоб недопущенных участников установило, что заказчик неправомерно отклонил их. Так, причиной недопуска заявок стало отсутствие сведений о данных хозяйствующих субъектах в реестре квалифицированных подрядных организаций (для участия в электронном аукционе в части выполнения соответствующих работ и (или) услуг). Однако на самом деле указанные компании были включены в Реестр квалифицированных подрядных организаций, имеющих право принимать участие в закупках, предметом которых является оказание услуг и (или) выполнение работ по ремонту или замене лифтового оборудования, признанного непригодным для эксплуатации, ремонт лифтовых шахт.

В связи с этим заказчику было предписано рассмотреть заявки недопущенных обществ, а составленные в ходе проведения аукциона протоколы отменить.

Предписания антимонопольного органа исполнены не были, а контракт заключен с обществом, предложившим снижение цены на минимальный шаг аукциона.

Суды поддержали выводы антимонопольного органа, что такие действия являются доказательством соглашения между заказчиком и участником, в связи с чем обоснованно установлен факт нарушения п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, решение Челябинского УФАС России также было предметом рассмотрения Апелляционной коллегии ФАС России, которая оставила его без изменения, что было учтено судами при рассмотрении данного дела⁸. ■

Сведения об авторах

Вовкивская Лариса Валерьевна: старший преподаватель базовой кафедры Федеральной антимонопольной службы Финансового университета при Правительстве РФ, начальник Управления контроля агропромышленного комплекса ФАС России
E-mail: vovkivskay@fas.gov.ru

Савостина Елена Викторовна: заместитель начальника Правового управления ФАС России
E-mail: savostina@fas.gov.ru

⁷ Постановления Арбитражного суда Московского округа от 04.09.2020 по делу № А40-297908/2019, от 08.09.2020 по делу № А40-295436/2019, от 24.09.2020 по делу № А40-297826/2019 <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 30.11.2020).

⁸ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 27.08.2020 по делу № А76-25400/2019 <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 30.11.2020).

Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в III квартале 2020 г.)

Москвитин О.А.,

Институт конкурентной
политики и регулирования
рынков НИУ ВШЭ,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
109028, Россия, г. Москва,
Покровский б-р, д. 11, каб. М205,
105005, г. Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Бочинин И.П. *,

Московский государственный
юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
Коллегия адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9,
105005, Россия, г. Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Аннотация

Настоящий обзор решений «ведомственной апелляции» содержит комментарии специалистов к трем делам, рассмотренным Апелляционными коллегиями ФАС России в третьем квартале 2020 г. Первое из рассмотренных дел посвящено вопросам исполнимости предупреждений, в том числе при квалификации действий по п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Другие два рассмотренных дела связаны с доказыванием наличия антиконкурентных соглашений. При этом в одном из дел Апелляционная коллегия ФАС России оценивала установленные территориальным управлением косвенные доказательства картельного соглашения, а в другом — обоснованность квалификации действий хозяйствующих субъектов по п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции.

Ключевые слова: Апелляционная коллегия, ФАС России, ведомственная апелляция, коллегиальный орган.

Для цитирования: Москвитин О.А., Бочинин И.П. Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в III квартале 2020 г.) // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 94–100. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-94-100>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

The Practice of Board of Appeals of FAS of Russia

(Scientific Review of the Most Significant Cases Considered in the third Quarter of 2020)

Oleg A. Moskvitin,

Higher School of Economics,
Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Pokrovsky Boulevard, 11, of. M205,
Moscow, 109028, Russia,
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia

Ilya P. Bochinin*,

Kutafin Moscow State Law
University,
Muranov, Chernyakov & Partners
Law Firm,
Denisovsky Lane, 23, bldg 6,
Moscow, 105005, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

This review of the decisions of the “departmental appeal”, which has already become a tradition, contains comments on three cases considered by the Board of Appeals of the FAS of Russia in the third quarter of 2020. The first of the considered cases is devoted to the issues of enforceability of warnings, including qualifications of actions under paragraph 5 of part 1 of article 10 of the Law “On protection of competition”. Other two cases are related to the issues of proving anticompetitive agreements. However, in one case, the Board of Appeals of the FAS of Russia evaluated indirect evidence of cartel agreements, established territorial control, and in another case — the relevance of qualification of actions of legal entities under paragraph 4 of article 16 of the Law “On protection of competition”.

Keywords: board of Appeals, FAS of Russia, departmental appeal, collegial body.

For citation: Moskvitin O.A., Bochinin I.P. The Practice of Board of Appeals of FAS of Russia (scientific review of the most significant cases considered in the third quarter of 2020) // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 94–100, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-94-100>

The authors declare no conflict of interest.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 19 августа 2020 г. по делу № 076/01/10–418/2019¹

Решением территориального антимонопольного органа действия Энергетической компании были признаны злоупотреблением доминирующим положением, запрещенным п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² (далее — Закон о защите конкуренции).

Так, Ярославское УФАС России отметило, что Энергетическая компания необоснованно уклонилась от заключения с Муниципальным предприятием договора поставки тепловой энергии (мощности) и (или) теплоносителя.

В ходе рассмотрения дела территориальным управлением было установлено следующее:

- Энергетическая компания занимает доминирующее положение на локальном товарном рынке поставки тепловой энергии одного из микрорайонов г. Переславля-

¹ См.: Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 19 августа 2020 г. по делу № 076/01/10–418/2019 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/0961e2bc-640f-42ea-9aeb-716561875bdb/> (Дата обращения: 22.11.2020).

² См.: СЗ РФ. 31.07.2006. № 31. Ч. 1. Ст. 3434.

Залесского Ярославской области с долей на указанном товарном рынке, равной 100%.

- Энергетическая компания владела источником тепловой энергии (котельной) на основании договора аренды.
- Муниципальное предприятие имеет статус единой теплоснабжающей организации на территории указанного города.
- Решением суда общей юрисдикции была установлена обязанность Энергетической компании подавать Муниципальному предприятию теплоноситель надлежащего качества.
- Энергетическая компания отказала Муниципальному предприятию в согласовании протокола разногласий к проекту договора поставки тепловой энергии.

Апелляционная коллегия ФАС России, рассматривая жалобу на решение территориального управления, обратилась к разъяснениям Президиума ФАС России № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утв. протоколом Президиума ФАС России от 7 июня 2017 г. № 11³, в соответствии с которыми злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков: доминирующее положение хозяйствующего субъекта, совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия), наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

Отметим при этом, что в профильной литературе зачастую подчеркивается важность использования также качественных критериев доминирующего положения, не ограничиваясь предусмотренными законом количественными показателями (процентами), в том числе при построении самого определения понятия «доминирующее положение» [1].

Отдельно коллегияльный орган обратил внимание на положения Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»⁴. Согласно п. 4 данного

Постановления для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных в ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции последствий.

Каждая из указанных составляющих злоупотребления доминирующим положением должна быть доказана антимонопольным органом в целях квалификации нарушения по ст. 10 Закона о защите конкуренции⁵.

Однако Апелляционной коллегией было установлено, что УФАС не было учтено следующее важное обстоятельство. Договор аренды источника тепловой энергии (котельной) на момент рассмотрения дела был признан недействительным. В связи с этим Энергетической компанией не могло быть исполнено предупреждение территориального управления, так как на дату его выдачи отсутствовали признаки нарушения антимонопольного законодательства в действиях компании, поэтому у УФАС не было оснований для возбуждения дела в соответствии с ч. 8 ст. 39¹ Закона о защите конкуренции.

Действительно, исходя из Письма ФАС России от 25 декабря 2018 г. № СП/106730/18, предупреждение должно обладать признаком исполнимости⁶. При этом в литературе отмечается, что проверка законности и обоснованности предупреждения также связана с оценкой его исполнимости, в том числе определенности предписываемых действий и возможности их исполнения в указанные сроки [2].

В комментируемом деле коллегияльный орган также обратил внимание, что в судебной практике сложился подход, согласно которому отсутствие установленного факта владения источником тепловой энергии исключает возможность установления доминирующего положения на товарном рынке⁷.

⁵ Обзор практики рассмотрения жалоб на решения и предписания управлений Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации, поданных в порядке ч. 6 ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» за четвертый квартал 2017 г. // Официальный сайт Ассоциации антимонопольных экспертов. URL: http://competitionsupport.com/stuff_type/analiz-praktiki/ (Дата обращения: 22.11.2020).

⁶ Письмо ФАС России от 25 декабря 2018 г. № СП/106730/18 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, выдаче и исполнении предупреждений» // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/676753> (Дата обращения: 23.11.2020).

⁷ См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 октября 2013 г. по делу № А53-2624/2013 // Картотека арбитражных дел. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/e2c264f8-9865-4f58-8998-58345beacb2b/c927caf1-c43e-4377-a841-ffb50c297dda/A53-2624-2013_20131004_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 23.11.2020).

³ См.: Разъяснения Президиума ФАС России № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утв. протоколом Президиума ФАС России от 7 июня 2017 г. № 11 // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/561690> (Дата обращения: 22.11.2020).

⁴ См.: Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

Таким образом, Апелляционная коллегия пришла к выводу, что решение территориального управления нарушает единообразие применения антимонопольного законодательства и подлежит отмене.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 17 сентября 2020 г. по делу № 066/01/16-2109/2019⁸

Апелляционной коллегией была рассмотрена жалоба на решение и предписание территориального антимонопольного органа, которым ООО «Ц», ООО «Б» (далее совместно — Общества), входящие в группу лиц, и Департамент молодежной политики (далее — Департамент) были признаны нарушившими п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым запрещаются соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком РФ или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности, к ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

Территориальное управление посчитало, что Общества и Департамент заключили соглашение, приводящее к ограничению доступа на рынок гостиничных услуг при организации мероприятий в сфере молодежной политики в 2017—2018 гг.

По итогам рассмотрения дела Обществам были выданы предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения дела территориальным антимонопольным органом было установлено, что между Правительством субъекта РФ и Образовательным фондом в целях поддержки талантливых детей и молодежи, проявивших выдающиеся способности, оказания содействия в получении такими лицами общего и дополнительного образования был создан специальный Фонд «З».

Между Департаментом и ГАУ было заключено соглашение о порядке предоставления субсидии на финансо-

вое обеспечение проведения образовательной смены на сумму более 24 млн руб. Указанные средства в полном объеме поступили на расчетный счет ГАУ.

В целях реализации указанных мероприятий ГАУ были заключены договоры с Обществами, предметами которых являлись аренда помещения, проживание и питание (при этом на каждый отдельный день смены заключались отдельные договоры на проживание и питание).

Также Департаментом были заключены соответствующие соглашения о предоставлении субсидий в целях реализации мероприятий по выявлению и поддержке детей и молодежи, проявивших выдающиеся способности.

Между Фондом и Обществом «Ц» в рамках проведения мероприятий по работе с молодежью были заключены договоры аренды нежилых помещений, оказания услуг питания и предоставления гостиничных услуг.

По мнению УФАС, в его решении были отражены факты и материалы, подтверждающие наличие антиконкурентного соглашения между Департаментом и Обществами, квалифицируемого в соответствии с п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции. Так, например, было установлено, что между Департаментом, Фондом и Обществом «Ц» было заключено трехстороннее соглашение, предметом которого являлось сотрудничество по организации проживания, питания участников и педагогов образовательной смены в двух гостиницах; Общества являются аффилированными лицами и др.

В ходе рассмотрения жалобы Апелляционная коллегия отметила, что при квалификации тех или иных действий хозяйствующих субъектов в качестве соглашения обязательным является наличие и доказанность волеизъявления всех сторон соглашения. Применительно к ст. 16 Закона о защите конкуренции — органа власти (организации, осуществляющей функции органов власти) и хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов).

Коллегиальный орган обратил внимание на Разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3⁹, в соответствии с которыми факт заключения, ограничивающего конкуренцию соглашения, может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств.

⁸ См.: Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 17 сентября 2020 г. по делу № 066/01/16-2109/2019 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://brfas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/472330d9-b1aa-465e-ab61-ecdca2c0b6b/> (Дата обращения: 22.11.2020).

⁹ См.: Разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/562597> (Дата обращения: 22.11.2020).

Апелляционная коллегия ФАС России отдельно отметила, что квалифицирующими признаками применительно к ст. 16 Закона о защите конкуренции выступают реальные либо возможные негативные последствия для определенной конкурентной среды и выявление причинной связи между определенными соглашениями и (или) согласованными действиями и такими последствиями.

По приведенным в решении УФАС доказательствам коллегиальный орган отметил следующее.

Заключенное трехстороннее соглашение между Департаментом, Фондом «З» и ООО «Ц» не повлекло ни для одного из указанных лиц возникновения каких-либо гражданских прав или обязанностей, а также фактически не исполнялось.

Более того, ООО «Б», признанное территориальным управлением участником антиконкурентного соглашения, не являлось при этом участником указанного трехстороннего соглашения.

Апелляционная коллегия отметила, что факт заключения трехстороннего соглашения не доказывает наличие связей между всеми тремя участниками антиконкурентного соглашения, а также наличие каких-либо договоренностей между ними относительно проведения мероприятий по работе с молодежью. Описанный в решении УФАС вывод об аффилированности Обществ также не свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения между Департаментом и Обществами, поскольку не подтверждает наличие договоренностей между Департаментом и Обществами по вопросам проведения мероприятий по работе с молодежью, являвшимся согласно оспариваемому решению предметом антиконкурентного соглашения.

Апелляционная коллегия ФАС России отметила, что с учетом отсутствия доказательств заключения ГАУ и Фондом «З» договоров с Обществами на проживание и питание исключительно в связи с указанием Департамента и не по собственной воле необходимо рассмотреть вопрос о составе участников антиконкурентного соглашения.

Таким образом, коллегиальный орган пришел к выводу, что доказательства, приведенные территориальным управлением, являются недостаточными для установления факта антиконкурентного соглашения между Департаментом и Обществами, запрещенного п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции, однако, исходя из имеющихся в деле материалов, Апелляционная коллегия ФАС России отметила необходимость дополнительного исследования факта наличия или отсутствия антиконкурентного соглашения, а также состава его участников.

Решение и предписание были отменены. Дело направлено на новое рассмотрение.

Отметим, что Апелляционная коллегия ФАС России уже сталкивалась со спорными вопросами относительно состава участников антиконкурентного согла-

шения. Так, например, в Решении Апелляционной коллегии ФАС России от 19 января 2018 г. по делу № 14226/04-2017 коллегиальным органом было изменено решение территориального управления с уточнением субъектного состава участников антиконкурентного соглашения, влекущего поддержание цены на торгах, и участие в нем¹⁰.

В комментируемом же деле коллегиальный орган принял решение отправить дело на новое рассмотрение. Напомним, что, несмотря на отсутствие прямого указания в Законе о защите конкуренции на полномочие коллегиального органа ФАС России вернуть дело на новое рассмотрение в территориальное управление, правоприменительная практика свидетельствует об его активном использовании ФАС России как результата рассмотрения жалобы на решение территориального антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства. Как обоснованно, по нашему мнению, указывает сама ФАС России, «иное толкование Закона о защите конкуренции необоснованно усложняло бы защиту в таких случаях законных интересов обращающихся с жалобами лиц и поддержание законности, формирование единообразной практики в деятельности антимонопольных органов, что, в свою очередь, означало бы отсутствие правового значения института внутриведомственной апелляции для заинтересованных лиц»¹¹.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 24 сентября 2020 г. по делу № 027/01/11-358/2020

Решением территориального антимонопольного органа хозяйствующие субъекты были признаны нарушившими положения п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции при участии в открытом аукционе по продаже акций акционерного общества.

¹⁰ Обзор практики рассмотрения жалоб на решения и предписания управлений Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации, поданных в порядке ч. 6 ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» за первый квартал 2018 г. // Официальный сайт Ассоциации антимонопольных экспертов. URL: http://competitionsupport.com/stuff_type/analiz-praktiki/ (Дата обращения: 23.11.2020).

¹¹ Рекомендации Научно-методического совета образовательных организаций и кафедр конкурентного права и антимонопольного регулирования ФАС России на тему: «Актуальные вопросы правоприменительной практики» по итогам расширенного заседания от 20 ноября 2019 г. в рамках проведения V международной научно-практической конференции «Антимонопольная политика: наука, практика, образование», утв. протоколом расширенного заседания Научно-методического совета образовательных организаций и кафедр конкурентного права и антимонопольного регулирования ФАС России от 20 ноября 2019 г. // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/686615> (Дата обращения: 22.11.2020).

На участие в аукционе, предметом которого являлась продажа акций, составляющих 100% уставного капитала акционерного общества, было подано две заявки: Заявителя жалобы в Апелляционную коллегию ФАС России (далее — Заявитель) и ООО «Х». Начальная цена продажи составляла 190 000 000 руб. Как следует из комментируемого решения, при проведении аукциона поступали следующие предложения о цене:

— в 03:01:31 ООО «Х» сделало предложение о цене в размере 191 900 000 руб.;

— в 03:29:57 — о цене в размере 193 800 000 руб.;

— в 03:30:45 ООО «Х» о цене в размере 195 700 000 руб.

По итогам проведения аукциона победителем было признано ООО «Х», с которым был заключен договор купли-продажи акций.

В территориальный антимонопольный орган поступило обращение регионального Управления ФСБ России о действиях Заявителя и ООО «Х» при участии в открытом аукционе. По итогам рассмотрения дела территориальное управление пришло к выводу, что между указанными хозяйствующими субъектами было заключено антиконкурентное соглашение ввиду следующего:

- в соответствии со сведениями об ООО «Х», содержащимися в выписках из ЕГРЮЛ, на дату проведения открытого аукциона Физическое лицо (далее — ФЛ) являлось директором ООО «Х», а также владело 10% уставного капитала ООО «Х»;
- ФЛ и Заявитель являлись родными братьями, проживающими по одному адресу;
- ФЛ и Заявитель являлись участниками ООО «Г»;
- вход на сайт электронной площадки для подачи заявок на участие в аукционе осуществлялся ООО «Х» и Заявителем с одного IP-адреса, принадлежащего ООО «Г»;
- ООО «Х» и Заявителем была реализована единая стратегия поведения в части предложений о цене;
- после проведения открытого аукциона сумма задатка Заявителя была перечислена ООО «Х».

Апелляционная коллегия ФАС России с выводами территориального управления согласилась, при этом отметив отдельно в решении перечень косвенных доказательств заключения картельного соглашения, которые, по мнению коллегиального органа, наличествуют в настоящем деле.

Так, коллегиальный орган указал на следующие косвенные доказательства:

- незначительное повышение начальной цены продажи;
- пассивное поведение Заявителя при проведении открытого аукциона;
- использование одного IP-адреса для подачи заявок участников аукциона;
- фактический возврат суммы задатка для участия в аукционе Заявителем победителю аукциона — ООО «Х»;

- устойчивые деловые и родственные связи между Заявителем и директором ООО «Х», которые являются родными братьями и одновременно являются участниками ООО «Г».

Представляется, что такой подход к разрешению дел коллегиальными органами ФАС России стоит приветствовать. Так, согласно Разъяснению № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3, факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств. Более того, указанное Разъяснение № 3 Президиума ФАС России устанавливает примерный (открытый) перечень тех доказательств, которые могут признаваться косвенными. Так, например, в литературе отмечается, что косвенными доказательствами, в частности, могут выступать документы, подтверждающие совпадение поведения, неофициальные контакты представителей компаний, в том числе электронная переписка, использование конкурентами единой инфраструктуры (например, единый IP-адрес участников аукциона, единый контактный телефон и т.п.) [3].

В судебной практике отмечается, что для констатации антиконкурентного соглашения допустимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения (при отсутствии доказательств обратного) может сыграть решающую роль¹². Кроме того, если правоприменительным органом будет сделан вывод в отношении каждого из имеющихся в деле доказательств о том, что оно не может свидетельствовать о наличии антиконкурентного соглашения, без оценки доказательств в совокупности, это может послужить основанием для отмены такого правоприменительного (в том числе судебного) акта¹³.

¹² См., например: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 сентября 2020 г. № Ф01-12745/2020 по делу № А38-6943/2019 // Картотека арбитражных дел. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/72533cf3-2d08-4a9b-945b-4a5cb1c1fa71/51005afa-e744-4bf8-90a8-0739b40d10fe/A38-6943-2019_20200921_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 23.11.2020).

¹³ См., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10 февраля 2020 г. № Ф05-21821/2019 по делу № А40-253778/2018 // Картотека арбитражных дел. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3a635446-c783-4e70-9a3f-d4bae1cb3708/c4ba95c9-ec16-4a72-9040-1ee6f59d67b7/A40-253778-2018_20200210_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 23.11.2020).

Таким образом, буквальное «отражение» косвенных доказательств (их совокупности) в тексте принимаемого антимонопольным органом решения может способствовать лучшему пониманию логики принимаемого правоприменительного акта, упростить его дальнейшую судебную оценку. ■

Литература [References]

1. Борзило Е.Ю. Эволюция определения «доминирующее положение» в российском антимонопольном законодательстве // Закон. 2018. № 10. С. 120—126. [Borzilo E. Yu. Evolution of the definition of "Dominant position" in Russian antitrust legislation / Zakon. 2018. № 10. P. 120—126 (In Russ.)]
2. Шайхеев Т.И. Практика рассмотрения арбитражными судами первой инстанции споров, вытекающих из антимонопольного законодательства // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2019. № 1 (85). С. 121—134. [Shayheev T.I. The practice of arbitration courts of the first instance of disputes arising from the antimonopoly legislation // Information

and analytical journal "Arbitration disputes". 2019, № 1 (85). P. 121—134 (In Russ.)]

3. Процедуры в конкурентном праве: Учебное пособие / Ю.И. Абакумова, О.Р. Афанасьева, А.В. Борисов и др.; отв. ред. С.А. Пузыревский. М.: Проспект, 2019. [The procedures in competition law: Textbook / Y.I. Abakumova, O.R. Afanasieva, A.V. Borisov and others; ed. by S.A. Puzyrevsky, M: Prospect, 2019. (In Russ.)]

Сведения об авторах

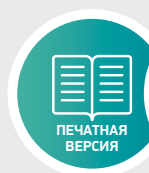
Москвитин Олег Андреевич: заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов
E-mail: O.Moskvitin@dcpravo.ru

Бочинин Илья Павлович: аспирант кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»
E-mail: I.Bochinin@dcpravo.ru



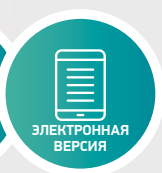
Федеральная
Антимонопольная
Служба

**Журнал
выпускается
ежеквартально
в двух форматах**



ПЕЧАТНАЯ
ВЕРСИЯ

Тираж
3000 экз.



ЭЛЕКТРОННАЯ
ВЕРСИЯ

Рекомендован ВАК

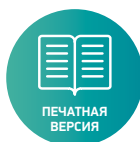


Издательский дом
**ДЕЛОВОЙ
ЭКСПРЕСС**
+7 (495) 787-52-26

Подписаться на журнал

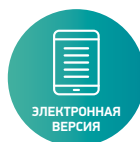
Практическое применение антимонопольного законодательства и развитие конкурентного права

- Экспертные мнения ведущих специалистов ФАС
- ГЧП и закупочная деятельность
- Государственная политика по развитию конкуренции
- Антимонопольный комплаенс
- Картели. Монополии
- Концессионные соглашения
- Регулирование рекламной деятельности
- Интеллектуальная собственность



ПЕЧАТНАЯ
ВЕРСИЯ

6 МЕСЯЦЕВ
1 900 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
3 600 ₽



ЭЛЕКТРОННАЯ
ВЕРСИЯ

6 МЕСЯЦЕВ
1 300 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
2 400 ₽

Стать автором журнала

**У вас есть возможность выразить
свое мнение по решениям ФАС,
опубликовав научно-практические
материалы и обзоры на страницах журнала**

БЕСПЛАТНО

Плата за публикацию
рукописей не взимается

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-102-105>

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Обзор практики отнесения компаний к подконтрольным в соответствии с положениями частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции

Попков А.В.,

ФАС России,
Московский государственный
юридический университет
им. О.Е. Кутафина,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11,
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

Аннотация

Автором рассмотрены приводимые хозяйствующими субъектами доводы об отнесении организаций к подконтрольным, а также приведена аргументация, использованная антимонопольным органом и судами при рассмотрении указанных вопросов.

Ключевые слова: *подконтрольность, подконтрольная группа лиц, исключение.*

Для цитирования: Попков А.В. Обзор практики отнесения компаний к подконтрольным в соответствии с положениями частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 4 (24). С. 102—105. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-102-105>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Review of the Practice of Classifying Companies as Controlled in Accordance with the Provisions of Parts 7, 8 of Article 11 of the Law on Protection of Competition

Alexander V. Popkov,

FAS Russia,
Kutafin Moscow State Law
University,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

The author considers the arguments given by business entities on the classification of organizations as controlled, and provides the arguments used by the Antimonopoly authority and the courts when considering these issues.

Keywords: *control of, controlled group of entities, the exception.*

For citation: Popkov A.V. Review of the practice of classifying companies as controlled in accordance with the provisions of parts 7, 8 of article 11 of the law on protection of competition // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 4 (24). P. 102—105, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2020-4-24-102-105>

The author declare no conflict of interest.

Вопрос отнесения ряда ограничивающих конкуренцию соглашений к исключениям активно обсуждается в правоприменительной практике. Несмотря на то что юридическая техника ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции дает, казалось бы, исчерпывающий ответ на вопрос, в каком случае лицо является подконтрольным и не может быть признано нарушившим положения ст. 11, попытки хозяйствующих субъектов-ответчиков привести иные аргументы подконтрольности встречаются как при рассмотрении дел в антимонопольных органах, так и в судах.

В связи с наличием подобных аргументов ФАС России в 2016 г. подготовлены Разъяснения¹, в которых рассмотрены вопросы применения ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции. В указанном документе антимонопольный орган четко и ясно выразил свою позицию по вопросу расширительного толкования ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции: «Расширительное толкование критериев контроля, предусмотренных ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, недопустимо в связи с наличием исчерпывающего и законченного перечня таких критериев допустимости антиконкурентных соглашений. Недопустимым является расширительное толкование положения ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции при наличии родственных связей между учредителями, акционерами или единоличными исполнительными органами хозяйствующих субъектов».

Подобная категоричная позиция все же оспаривалась ответчиками в судах с использованием абсолютно разных доводов. Предлагается рассмотреть ряд судебных дел, а также решений УФАС России, в которых заявленные доводы были опровергнуты.

Практика применения исключений, предусмотренных ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции

Родственные связи

Решение Камчатского УФАС России по делу № 041/01/11-261/2019².

Камчатским УФАС России установлено, что группа лиц в составе ООО «А» и ООО «А» заключила ограничивающее конкуренцию соглашение на торгах с ИП Г. Сговор реализовывался по схеме «Таран»³.

В ходе рассмотрения дела ответчики заявили довод о наличии подконтрольности между группой лиц и ИП Г. в связи с наличием родственных связей между В. и Г. и исполнением В. функций исполнительного директора ИП Г. Таким образом, ответчики предполагали, что между ними образована подконтрольная группа лиц.

Комиссия по рассмотрению дела указала на недопустимость расширительного толкования положения ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции и отвергла приведенные доводы ответчиков.

Судебное обжалование

Заявления об обжаловании решения не подавались. Решение Камчатского УФАС России по делу № 041/01/11-261/2019 вступило в законную силу.

Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа № Ф07-15755/2019 по делу № А56-35272/2019⁴.

Решением Ленинградского областного УФАС России установлено, что группа лиц в составе ООО «П» и ООО «К» заключила ограничивающее конкуренцию соглашение с ИП С., целью которого стало обеспечение победы одного из участников картеля по наиболее выгодной для него цене, что привело к поддержанию цены на шести аукционах.

В рассматриваемом деле участники сговора подавали идентичные первые части заявок, что обеспечило их допуск к участию. Вторые части заявок двух участников соглашения не соответствовали требованиям документации, что повлекло их отклонение. Именно эти хозяйствующие субъекты осуществляли снижение цены контракта до экономически невыгодной для добросовестных участников торгов. В тот момент, когда участники аукциона в течение десяти минут вправе подавать предложения о цене контракта вне зависимости от снижения, участник картеля за небольшое время до окончания десятиминутного периода несущественно улучшал свое предложение. Таким образом, он обеспечил себе право на заключение договора по выгодной для него цене, зная, что две другие заявки, поданные участниками картеля, будут отклонены.

В рамках обжалования решения УФАС России в судах ответчиками приведен довод о наличии исключения, предусмотренного ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, поскольку ИП С. приходится сыном С., который является директором и учредителем ООО «П» и ООО «К» со 100%-й долей.

Судами отмечено следующее: «Частью 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ установлено понятие контроля для целей применения данной статьи, согласно которому “под контролем в ст. 11, в ст. 11.1 и 32 Закона понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько

¹ Разъяснение ФАС России № 16 «О применении частей 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции».

² URL: <https://br.fas.gov.ru/to/kamchatskoe-ufas-rossii/7e375484-85e0-418d-ad1e-cdbbc6e867b7/> (Дата обращения: 23.06.2020).

³ Схема «Таран» — определенные заранее хозяйствующими субъектами действия при реализации сговора на торгах, при которых одна компания совершает минимальную ставку на понижение, после чего остальные участники сговора, вторые части заявок которых не соответствуют требованиям торгов, стремительно снижают цену аукциона. Цель — ввести добросовестных участников аукциона в заблуждение и вынудить отказаться от участия в торгах.

⁴ URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/41223837/> (Дата обращения: 23.06.2020).

юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий.

1. Распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица.

2. Осуществление функций исполнительного органа юридического лица».

Поскольку ни одним из входящих в группу лиц хозяйствующих субъектов не установлен контроль над другими применительно к положению ч. 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ, условия о допустимости антиконкурентных соглашений на ООО «П», ООО «К» и ИП С. не распространяются и при участии в аукционах указанные лица должны были соблюдать требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ.

Корпоративный договор

Решение Свердловского УФАС России по делу № 066/01/11-1466/2019⁵.

Антимонопольным органом признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции ООО «С» и группа лиц в составе ООО «У» и ООО «Н».

Комиссией установлена достаточная совокупность доказательств, свидетельствующая о наличии сговора на торгах, в частности выявлены использование одинаковых IP-адресов, с которых происходила подача заявок, ценовых предложений, совпадение свойств файлов первых частей заявок и иные доказательства сговора.

В рамках рассмотрения дела ответчиками заявлен довод о наличии подконтрольности между группой лиц ООО «У» и ООО «Н» с ООО «С». Так, в качестве дополнительного пояснения, которое, по мнению ответчиков, свидетельствовало о наличии исключения по ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, ООО «С» представило соглашение о совместной работе с распределением прибыли и убытков, заключенное 26.02.2018. Целями данного соглашения стали «объединение усилий нескольких предприятий для увеличения общей эффективности для каждого участника, распределение обязанностей в рамках хозяйственной деятельности» и последующее «объединение юридических лиц в единое юридическое лицо с тремя учредителями, руководителями участников и долями 1/3 на каждого участника».

Данный договор устанавливает также 1) способ и порядок управления совместной деятельностью юридических лиц; 2) порядок определения доходов и расходов участников соглашений; 3) срок действия соглашения и 4) порядок прекращения участия юридических лиц в нем.

Свердловское УФАС России сочло приведенный довод необоснованным в качестве основания отнесения компаний к подконтрольным и указало на закрытый перечень оснований отнесения ответчиков к подконтрольной группе лиц.

Судебное обжалование

Ответчиками подано заявление в суд об обжаловании решения и восстановлении сроков давности. В восстановлении процессуальных сроков отказано. Решение Свердловского УФАС России по делу № 066/01/11-1466/2019 вступило в законную силу.

Брачный договор

Решение Томского УФАС России по делу № 02-10/97-19⁶.

По результатам рассмотрения дела Томским УФАС России ООО «М» и ООО «МФ» признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В качестве доказательств, свидетельствующих о намерении ответчиков заключить соглашение, Томским УФАС России признаны, в частности, 1) устойчивая модель поведения участников картеля; 2) наличие тесных длительных и устойчивых связей между ответчиками; 3) совместная подготовка и участие в торгах; 4) минимальное снижение НМЦК.

В ходе рассмотрения дела ответчиками заявлен довод о наличии исключения, предусмотренного ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, а именно брачный контракт между руководителями ООО «МФ» и ООО «М». При рассмотрении указанного довода Комиссия Томского УФАС России указала, что сфера применения семейного законодательства в Российской Федерации не распространяется на сферу предпринимательской деятельности, таким образом, нормы Семейного кодекса РФ к рассматриваемым обстоятельствам не применяются.

Таким образом, при рассмотрении довода о наличии подконтрольности между ответчиками Томское УФАС России сослалось на невозможность применения семейного законодательства.

Судебное обжалование

На момент публикации настоящего обзора ответчиками обжалуется решение по делу в суде первой инстанции.

Деловые отношения

Решение Пермского УФАС России по делу № 059/01/11-1050/2019⁷.

⁵ URL: <https://br.fas.gov.ru/to/sverdlovskoe-ufas-rossii/4b8d1202-f99c-4286-9911-2233ea033101/?query=066/01/11-1466/2019> (Дата обращения: 23.06.2020).

⁶ URL: <https://br.fas.gov.ru/to/tomskoe-ufas-rossii/64f06a28-f90e-4152-9d47-6f2e47906967/> (Дата обращения: 23.06.2020).

⁷ URL: <https://br.fas.gov.ru/to/permskoe-ufas-rossii/c8e1b03c-e1ce-4a34-9fb2-556fc43b39bf/?query=059/01/11-1050/2019> (Дата обращения: 23.06.2020).

Обзор практики отнесения компаний к подконтрольным...

По результатам рассмотрения дела Пермским УФАС России ООО «А», ООО «Т», ООО «О» и ООО «П» признаны нарушившими требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции в части заключения соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами при проведении открытых аукционов в электронной форме.

В ходе рассмотрения дела антимонопольным органом установлена достаточная для признания компаний заключившими соглашение совокупность доказательств, в частности выявлены одинаковые IP-адреса, установлена подача одинаковых первых частей заявок, а также одинаковые параметры настройки аукционных роботов.

Ответчиками в материалы дела представлены документы, которые указывают на «тесные» деловые отношения между ними. Так, компании посчитали, что 1) наличие между ответчиками договоров беспроцентного займа; 2) взаимных счетов на оплату поставляемых товаров без соответствующих договоров поставки и 3) частичные

выписки о движении денежных средств по счетам ответчиков могут свидетельствовать о подконтрольности между ними.

В ходе оценки указанного довода Комиссия разъяснила недопустимость расширительного толкования ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции с учетом Разъяснений ФАС России № 16.

Судебное обжалование

Заявления об обжаловании решения не подавались. Решение Пермского УФАС России по делу № 059/01/11-1050/2019 вступило в законную силу.

Сведения об авторе

Попков Александр Вадимович: начальник правового отдела Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России, аспирант кафедры конкурентного права Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА)
E-mail: popkov.msal@gmail.com

Диалог членов ОКЮР с Евразийской экономической комиссией

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право и экономика, 2020

23 ноября 2020 г. члены ОКЮР и ЕЭК провели в режиме ВКС совместный круглый стол в рамках цикла «Диалог с властью» с участием руководителей департаментов Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) в сфере конкуренции и антимонопольного регулирования: Алией Джумабаевой, директором Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок, и Алексеем Сушкевичем, директором Департамента антимонопольного регулирования, при поддержке члена Коллегии (министра) по конкуренции и антимонопольному регулированию Армана Шаккалиева. Модераторами встречи выступили Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР», и Антон Суббот, партнер Baker McKenzie.

Алия Джумабаева отметила важность взаимодействия с юридическим и бизнес-сообществом для ЕЭК: «Такие встречи полезны, потому что у нас устанавливается обратная связь с вами, мы можем анализировать ваши предложения для того, чтобы в дальнейшем совершенствовать право Союза. Эти встречи не просто приветствуются — они важны для нас». Она рассказала участникам круглого стола о текущей работе по внесению изменений в нормативные акты, которыми руководствуется ЕЭК в своей деятельности. В частности, уже сейчас на стадии ратификации в странах — участницах ЕАЭС находятся важные изменения в Договор о ЕАЭС — введение институтов предупреждения и предостережения (аналогичных институтам, предусмотренным в законодательстве стран-участниц) и положения, предусматривающие разработку порядка освобождения от ответственности при добровольном заявлении о заключении хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) соглашения, недопустимого в соответствии с пп. 3—5 ст. 76 Договора о ЕАЭС, а равно участия в нем (далее — порядок освобождения от ответственности). Исходя из этих изменений, которые, как ожидается, вступят в силу в начале следующего года, ЕЭК ведет работу над действующими и новыми актами, регламентирующими соответствующие процедуры.

Так, порядок рассмотрения заявлений будет регламентировать еще и процедуру выдачи предупреждения. Следует подчеркнуть необходимость проведения анализа рынка уже на этом этапе (сейчас такой анализ проходит на этапе расследования). Предусматривается по инициативе Департамента антимонопольного регулирования (далее — ДАР) проведение консультаций в случае необходимости (такую необходимость, состав участников консультаций ДАР будет определять самостоятельно). В рамках таких консультаций компании смогут донести свою позицию, в том числе и по предупреждению. Порядок проведения расследований будет предусматривать сбор доказательств нарушения или его отсутствия, а также возможность проведения дополнительного анализа рынка. На этапе рассмотрения дел компании смогут предоставить дополнительные документы, например, в связи с вновь открывшимися обстоятельствами. В методике расчета штрафов появится положение о том, что перечень обстоятельств, смягчающих ответственность, является открытым. Например, субъект может выполнять иные, не предусмотренные в перечне методики действия, которые играют существенную роль в проведении Комиссией расследования, рассмотрении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничном рынке и восстановлении условий конкуренции и могут рассматриваться в качестве смягчающих обстоятельств, подлежащих применению при расчете штрафа. Также ЕЭК ведет работу над двумя совершенно новыми актами: правилами вынесения предостережений и порядок освобождения от ответственности.

При этом ЕЭК уже внесла в порядок рассмотрения дел положение о возможности приостановить сроки рассмотрения дела в связи с введением ограничений в странах-



Алексей Сушкевич,
директор Департамента
антимонопольного
регулирования ЕЭК



Алия Джумабаева,
директор Департамента
конкурентной политики
и политики в области
государственных закупок
ЕЭК



Антон Суббот,
партнер Baker McKenzie



Александра Нестеренко,
президент Ассоциации
«НП «ОКЮР»

участниках, связанных с ухудшением эпидемиологической обстановки либо введением военного или чрезвычайного положения, делающих невозможным участие в рассмотрении дела.

В продолжение круглого стола Алексей Сушкевич рассказал участникам о правоприменительной практике ЕЭК за 2020 г.: ЕЭК рассмотрела 23 заявления (в основном, о злоупотреблении доминирующим положением и недобросовестной конкуренции), выдала по ним 9 предложений, провела 11 расследований (часть из них еще продолжаются) и рассмотрела 10 дел. В сфере внимания ЕЭК оказались различные отрасли, в том числе рынки медицинской техники и расходных материалов, лекарственных препаратов, услуг международного роуминга, кабельно-проводниковой продукции, изоляционных древесно-волоконных плит, шин, трансформаторной стали, угля, продуктов питания, услуг по сертификации аудиторов и бухгалтеров и др.

Рассказывая о наиболее важных заявлениях и делах, рассматриваемых ЕЭК, Алексей Сушкевич отметил текущие сложности и вопросы, с которыми сталкивается комиссия на практике, в том числе такие как: сложность разрешения дел о недобросовестной конкуренции в связи с отсутствием наднационального регулирования в сфере интеллектуальной собственности, проблема исполнения решений ЕЭК, вопрос юрисдикции ЕЭК на рынке сжиженного газа, позиция участников рынка о трансграничности услуг международного роуминга, вопрос соотношения действий ассоциации и ее членов и др. Спикер также отметил успешный опыт применения предложения как инструмента «мягкого регулирования» по ряду заявлений.

Алексей Сушкевич рассказал подробности некоторых прошедших и текущих дел 2019—2020 гг., в том числе о решениях по делу о картеле на рынке кохлеарной имплантации (раздел рынка между дистрибьюторами по территориальному принципу), по делу по координации на рынке шин для легковых автомобилей (дело было прекращено в связи с разъяснениями Суда ЕАЭС

о невозможности квалифицировать как координацию взаимоотношения сторон, состоящих в вертикальных отношениях), по делу по жалобе о распространении недостоверной информации ассоциацией и др.

Директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК также обратил внимание на заинтересованность ЕЭК в защите конкуренции на цифровых рынках: «Комиссия прекрасно понимает, что участники рынков в цифровой экономике действуют в международном масштабе — это заведомо трансграничные рынки. Мы сейчас выбираем направления приложения своих сил, чтобы это было полезно всем и создавало определенность и предсказуемость в цифровой экономике».

В завершение круглого стола участники обсудили иные волнующие бизнес вопросы правоприменения. Так, отвечая на вопросы участников круглого стола, Алексей Сушкевич пояснил, что распределение территорий между дистрибьюторами может быть допустимым, если оно осуществляется в рамках вертикальных соглашений. Опасения должны возникать, если доля компаний, участвующих в вертикальном соглашении, превышает 20%, или когда дистрибьюторы поддерживают раздел рынка самостоятельными действиями и координируют свое поведение друг с другом (например, отказываясь от продажи товара при обращении потребителя), вступая таким образом в картельный сговор. По вопросу легализации параллельного импорта Алексей Сушкевич отметил, что комиссия ожидает решения данного вопроса странами-участницами на уровне права ЕАЭС.

Александра Нестеренко в завершение предложила представителям Евразийской экономической комиссии помочь членам ОКЮР в экспертизе и выработке позиции юристов бизнеса по проблемам, возникающим на трансграничных рынках. ■

*Материал подготовлен Нигяр Масимовой,
юристом Бейкер и Макензи,
и пресс-службой ОКЮР*

Инструкция для авторов

1. Общие требования к предъявлению статьи

Журнал «Российское конкурентное право и экономика» публикует актуальные материалы, посвященные вопросам антимонопольного регулирования и защиты конкуренции, результаты научных исследований в области конкурентного права и связанных с ним экономических вопросов. Особое внимание журнал уделяет практической применимости публикуемых материалов.

Представляемая в редакцию статья должна соответствовать тематике журнала, быть написана на русском языке (титulusный лист представляется на русском и английском языках), быть оригинальной, ранее не опубликованной и не представленной к публикации в другом издании.

Авторы несут ответственность за достоверность приведенных сведений, отсутствие данных, не подлежащих открытой публикации, и точность информации по цитируемой литературе.

Все представленные в редакцию журнала рукописи авторам не возвращаются.

2. Порядок представления рукописи

Первоначальное представление статьи в редакцию журнала осуществляется в электронном виде одним из следующих способов:

- с помощью электронной почты на e-mail: osipova@fas.gov.ru или journal@dex.ru;
- на CD-диске по почте;
- непосредственно в редакцию журнала на любом электронном носителе.

В наименовании электронного файла должны быть указаны: первый автор статьи, сокращенное название статьи, дата представления (например, «Иванов_Конкуренция на рынке_120111»).

На обложке CD-диска или в теме сообщения, посланного на электронный ящик редакции, должно быть указано наименование файла статьи.

Статья будет направлена на рецензирование одному или двум экспертам. Возможно, потребуется доработка или переработка статьи по результатам рецензирования до принятия решения о ее опубликовании.

После принятия решения об опубликовании статьи авторы должны представить в редакцию окончательный подписанный вариант рукописи, а также электронную версию статьи, приложив их к рукописи на CD-диске или передав на электронный почтовый ящик редакции (osipova@fas.gov.ru; journal@dex.ru). Редакция оставляет за собой право дальнейшей редакционной и корректорской правки статьи. Корректуре автору в обязательном порядке не высылается, с ней можно ознакомиться в редакции.

Если статья не принимается к печати, автору высылается отказ по электронной почте.

3. Лицензионный договор

Если принято решение об опубликовании статьи, в соответствии с требованиями Гражданского кодекса РФ между авторами и журналом заключается лицензионный договор с приложением к нему акта приема-передачи произведения. С лицензионным договором и актом приема-передачи произведения можно ознакомиться на сайте www.dex.ru в разделе «Инструкция для авторов». Данные документы, подписанные со стороны авторов, должны быть переданы в редакцию вместе с окончательным подписанным вариантом рукописи.

4. Общие требования к рукописи

Электронный файл рукописи должен быть сформирован с использованием стандартных пакетов редакторских программ (например, MS Word, WordPad).

Формат страниц: А4, рекомендуемые отступы от краев листа: сверху и снизу — 3 см, слева и справа — 2 см, рекомендуемый шрифт Times New Roman, 12 пт, междустрочный интервал — одинарный или полуторный. Страницы должны быть пронумерованы.

Файл со статьей должен содержать:

- 1) титульный лист (на русском и английском языках);
- 2) текст статьи (введение, структурированные разделы статьи, заключение);
- 3) литературу (последовательный перечень цитируемой литературы);
- 4) сведения об авторах.

5. Титульный лист

Представляется на русском и английском языках и должен включать:

- УДК;
- краткое информативно-смысловое название;
- инициалы, фамилию;
- краткое (по возможности) наименование организации (при указании организации не допускается приводить только аббревиатуру), располагается после фамилии автора;
- город;
- аннотацию: должна быть краткой (не более 200 слов), информативной и отражать основные положения и выводы представляемой к публикации статьи;
- ключевые слова (не более 15) должны способствовать индексации и классификации.

6. Текст статьи

Основной текст статьи должен содержать:

- введение;
- структурированные разделы статьи;
- заключение;
- литературу.

Введение должно содержать четкое обозначение целей и задач работы. В нем могут даваться ссылки на ключевые работы в области исследования, но введение не должно быть литературным или историческим обзором.

Структурированные разделы статьи должны содержать четкое и последовательное изложение материала работы. Заголовки разделов основной части могут иметь нумерацию (1, 2, 3 и т.д.). Допускается в каждом разделе создавать подзаголовки разделов.

Заключение должно включать основные выводы, обсуждение спорных моментов, значимость теоретических положений, их ограничения; место и роль в разрезе предыдущих исследований, возможностей практических приложений.

7. Требования к таблицам, рисункам и формулам

Таблицы и рисунки

Таблицы и рисунки рекомендуется располагать внутри текста после первого указания на них. Размер таблиц и рисунков не должен выходить за рамки формата текста. Все таблицы и рисунки должны быть последовательно пронумерованы и иметь краткое название (название таблиц дается над таблицей, рисунков — под ними). Таблицы и рисунки должны быть понятными безотносительно к объяснению в тексте. Пояснения к таблицам и рисункам должны быть краткими. Пояснения к таблицам должны располагаться внизу таблицы и иметь указатели с использованием надстрочной буквенной или цифровой индексации (меньшего размера относительно текста). Пояснения к рисункам должны располагаться под названием рисунков с использованием шрифта меньшего размера относительно текста названия рисунков.

Таблицы представляются в стандартном редакторе MS Office, например MS Word или MS Excel.

Рисунки должны быть высокого качества. Графики должны предоставляться преимущественно в формате MS Excel. Схемы и карты предоставляются в векторных форматах eps, cdr. Фотографии и другие иллюстративные материалы, предоставляемые в виде растровых изображений, должны иметь разрешение 300 dpi (при размере на формат издания) и быть в форматах TIFF или JPEG (без сжатия). На растровых рисунках должны хорошо прочитываться текст и все значимые элементы.

Формулы

Отдельно стоящие формулы должны быть набраны с использованием стандартных средств MathType или Equation.

Переменные величины и элементы формул, располагаемые внутри текста, набираются по возможности с использованием текстовых выделений (нижний, верхний регистры, курсив, греческие буквы и т.д.).

Формулы и буквенные обозначения должны быть тщательно выверены автором, который несет за них полную ответственность.

8. Литература

Библиографические ссылки в статье рекомендуется осуществлять как затекстовые ссылки и обозначать номерами в порядке цитирования в квадратных скобках, например [1] или [2—5], при необходимости с указанием страниц. Ссылки на неопубликованные работы недопустимы. Список литературы должен размещаться в конце статьи и составляется в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Библиографическая ссылка».

Порядок составления списка следующий:

— для книг: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название, место и год издания, издательство, общее количество страниц;

— для глав в книгах и статей в сборниках: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название статьи, полное название книги, фамилия и инициалы редактора (редакторов), место и год издания, издательство, номера первой и последней страниц;

— для журнальных статей: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название статьи, название журнала, том издания, номер, номера первой и последней страниц. Если число авторов больше трех, вначале пишется название статьи, затем все авторы и далее название журнала, том издания, номер, номера первой и последней страниц;

— для диссертаций: фамилия и инициалы автора, докторская или кандидатская, полное название работы, год и место издания.

Ссылки на литературу в статьях, представленных для публикации зарубежными авторами, могут производиться с использованием международного стандарта.

Авторы самостоятельно несут ответственность за точность информации по цитируемой литературе.

9. Сведения об авторах

Сведения об авторах должны включать:

- фамилию, имя и отчество (полностью);
- степень, звание и занимаемую должность, полное и краткое наименование организации;
- число публикаций, в том числе монографий, учебных изданий;
- область научных интересов;
- контактную информацию: почтовый адрес (рабочий), телефон, факс, e-mail, моб. телефон (для связи с редакцией).

10. Заключение лицензионного договора

В соответствии с требованиями Гражданского кодекса РФ между авторами и журналом должен быть заключен лицензионный договор с приложением к нему акта приема-передачи произведения. Эти документы редакция направляет авторам статьи для подписи по эл. почте или по факсу с последующей отправкой оригиналов документов по почте.

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика

Учредители:

- Федеральное государственное автономное учреждение «Учебно-методический центр» Федеральной антимонопольной службы» (г. Казань)
- Акционерное общество «Финансовый издательский дом «Деловой экспресс»

Журнал включен в перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России (ВАК) для опубликования основных научных результатов диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук

Плата за публикацию рукописей не взимается

При перепечатке и цитировании ссылка на журнал «Российское конкурентное право и экономика» обязательна

Присланные в редакцию материалы рецензируются и не возвращаются

Статьи, не оформленные в соответствии с Инструкцией для авторов, к рассмотрению не принимаются

Ответственность за достоверность фактов, изложенных в материалах номера, несут их авторы

Мнение членов редколлегии и редсовета может не совпадать с точкой зрения авторов

Редакция не имеет возможности вести переписку с читателями (не считая ответов в виде журнальных публикаций)

Журнал издается с 2011 года

Периодичность: ежеквартально

© Российское конкурентное право и экономика, 2020

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
ПИ № ФС77-66313 от 01.07.2016

Формат 60 × 84 1/8. Объем 10 печ. л. Печать офсетная

Тираж 3000 экз.

Подписано в печать 21.12.2020

Редакция:

Главный редактор

Максимов Сергей Васильевич
E-mail: osipova@fas.gov.ru, journal@dex.ru

Ответственный секретарь

Виноградова Лилия Владимировна
E-mail: journal@dex.ru

Отдел подписки

Тел.: +7 (495) 787-52-26
E-mail: journal@dex.ru

Верстка:

Луговой Александр Вячеславович,
Столбова Марина Сергеевна,
Королева Светлана Ивановна

Корректур:

Легостаева Инна Леонидовна,
Синаюк Рива Моисеевна,
Шольчева Янина Геннадьевна

Адрес редакции:

125167, г. Москва, ул. Восьмого Марта 4-я, д. 6А
АО ФИД «Деловой экспресс»
Тел.: +7 (495) 787-52-26

Издание, распространение и реклама —

АО ФИД «Деловой экспресс»,
125167, г. Москва, ул. Восьмого Марта 4-я, д. 6А
Тел.: +7 (495) 787-52-26
E-mail: journal@dex.ru
<http://www.dex.ru>

Альтернативная подписка

«Пресса России», индекс 43225