**Вопрос 3**

*Татьяна Алексеевна Каменская*

*Член Общественного совета*

*при ФАС России*

**«Аспекты применения запрета на заключение антиконкурентных соглашений в правоприменительной практике:** **новые методы выявления и доказывания антиконкурентных соглашений в условиях цифровой экономики; как читать «картельные» пункты Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021; создание совместного предприятия для участия в конкурсе как повод для обвинений в заключении антиконкурентного соглашения; «семейные» картели.**

**1. Современные методы выявления и доказывания антиконкурентных соглашений в условиях цифровой экономики**

Цифровизация охватила экономики всех развитых и большинства развивающихся стран, а также повлияла на деятельность компаний, ведущих бизнес в России. При этом динамично меняющиеся рынки становятся все более сложными и цифровыми.

В таких условиях методы выявления и пресечения картелей должны отвечать на вызовы современных технологий. В настоящее время в практике антимонопольных органов существует две группы методов, направленных на выявление и пресечение антиконкурентных соглашений на цифровых рынках:

1. проактивный, суть которого заключается в использовании результатов собственных исследований антимонопольных органов, экономического анализа, мониторинга рынка и его отраслей, а также в скрининге данных, с помощью которого происходит оценка вероятности возникновения сговора и сравнительный анализ информационных ресурсов, находящихся в открытом доступе;
2. реактивный, суть которого заключается в использовании антимонопольным органом данных, полученных из разных источников публичной информации, сведений, полученных в результате рассмотрения жалоб и заявлений, и данных, собранных в ходе внеплановых проверок.

Стоит отметить, что проактивные методы считаются более эффективными, поскольку рынок способен меняться под воздействием великого множества факторов, которые стоит учитывать.

Наиболее яркими примерами использования проактивного метода для выявления антиконкурентных соглашений в условиях цифровой экономики является выявление и доказывание картелей, заключенных на электронных торгах, и антиконкурентных соглашений, участники которых используют в своей деятельности ценовые алгоритмы.

Остановимся на электронных торгах. Безусловно, подобные конкурентные процедуры имеют положительный эффект для рынка в целом, а также их проведение направлено на обеспечение конкуренции, активизацию экономических процессов и защиту интересов участников торгов. Вместе с тем сговоры на электронных торгах составляют существенную долю среди всех антиконкурентных соглашений, рассматриваемых антимонопольными органами (около 80%).

Так, на протяжении последних нескольких лет участники антиконкурентных соглашений все чаще используют различные инновационные решения для заключения и реализации сговоров на торгах, в частности, специальное программное обеспечение — аукционных роботов, действующих самостоятельно в сети интернет, заключающих картельные соглашения, которые приводят к поддержанию и росту цен на торгах.

Для борьбы с использованием аукционных роботов в целях заключения и реализации антиконкурентных соглашений антимонопольным ведомством был разработан скрининговый веб-сервис «Большой цифровой кот», который:

1. в автоматическом режиме анализирует данные в открытом доступе (ЕИС, СМИ) и закрытые сведения (база данных ФНС России) на предмет соответствия заданным критериям с помощью алгоритмов;
2. выявляет сговоры на торгах на основе проведенного анализа;
3. формирует доказательную базу;
4. просчитывает вероятность наличия сговора в процентах (скоринг).

Таким образом, в настоящее время регулятор обладает действенным инструментом, работа которого направлена на борьбу с использованием аукционных роботов для заключения сговоров на торгах.

При этом само по себе использование аукционных роботов для оптимизации процесса участия в электронных торгах не является незаконным.

Вместе с тем на данный момент отсутствуют какие-либо разъяснения/методические рекомендации антимонопольного органа относительно противоправного и направленного на заключение и реализацию антиконкурентных соглашений использования аукционных роботов.

Такие разъяснения могли бы содержать рекомендации, которые могли бы быть использованы компаниями, принимающими регулярное участие в торгах, в целях:

1. снижения антимонопольных рисков;
2. информирования сотрудников о том, в каких случаях использование программного обеспечения на торгах может иметь признаки нарушения антимонопольного законодательства;
3. проведения предварительного аудита программного обеспечения, которое сотрудники компании планируют использовать на торгах;
4. осуществления настроек такого программного обеспечения, отражающих намеченную стратегию автоматического участия в торгах без рисков нарушения антимонопольного законодательства.

**В связи с этим полагаем целесообразным рекомендовать антимонопольному органу проработать вопрос, касающийся подготовки ФАС России разъяснений/методических рекомендаций, предусматривающих основные критерии признания использования аукционных роботов нарушающей антиконкурентное законодательство практикой, а также описывающих основные практики использования аукционных роботов, которые противоречат антимонопольному законодательству.**

Помимо аукционных роботов, сфера применения которых ограничивается торгами, компании начали использовать специальное программное обеспечение и онлайн-платформы, позволяющие им анализировать конкурентную среду и в короткие сроки адаптировать свои бизнес-стратегии к изменениям на рынке.

Как и с аукционными роботами, использование ценовых алгоритмов само по себе также не является нарушением антимонопольного законодательства, если такое использование не содержит состава одного из существующих антимонопольных нарушений.

Иными словами, если методы ценообразования признаются незаконными при их использовании «офлайн», то велика вероятность того, что они будут являться незаконными и при их использовании в Интернете.

Так, например, ФАС России в рамках дела в отношении ООО «Тривес Трейд», ООО «Медэксперт», ООО «Оптомед», ООО «Малтри», ООО «ОРТО» и ООО «Экотен» установила антиконкурентный сговор на рынке оптовой реализации ортопедических изделий, используемых для профилактики и лечения заболеваний опорно-двигательного аппарата человека.

В рамках антиконкурентного соглашения данные хозяйствующие субъекты договорились об установлении и поддержании цен на реализуемую оптом продукцию на оптимально высоком для каждого поставщика уровне.

В рамках дела ФАС России было установлено, что данные компании использовали онлайн-сервис автоматического мониторинга цен (Z-PRICE), позволяющий им отслеживать цены не только у собственных покупателей, но и у компаний, приобретающих аналогичные товары у других поставщиков и договариваться о применении «санкций» к тем розничным продавцам, которые реализовывали продукцию по ценам ниже рекомендованных. (Решение ФАС России по делу № 22/01/11 -202/2019 от 20 августа 2020 года).

При этом, стоит отметить, что компании, вовлеченные в незаконные практики ценообразования, не могут избежать ответственности лишь на том основании, что их цены были определены ценовыми алгоритмами, так как такие алгоритмы остаются под ее контролем, поэтому компания несет ответственность за их действия как за свои.

Вместе с тем, несмотря на наличие по вопросу ценовых алгоритмов рекомендаций ФАС России «О практиках в сфере использования информационных технологий в торговле, в том числе связанных с использованием ценовых алгоритмов», в которых содержится открытый перечень допустимых целей осуществления мониторинга розничных цен, в современных реалиях возникла необходимость в детальных разъяснениях антимонопольного органа, касающихся использования компаниями ценовых алгоритмов.

**В связи с этим считаем необходимым рекомендовать ФАС России подготовить разъяснения, касающиеся допустимых/недопустимых практик применения ценовых алгоритмов при осуществлении предпринимательской деятельности.**

**2. «Картельные» пункты ПП ВС РФ № 2: подход к принципу per se, «семейные картели» и «мнимая конкуренция»**

На наш взгляд, принятие ПП ВС РФ № 2 в части разъяснений, касающихся запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия, закрепило практику по наиболее спорным вопросам применения антимонопольного законодательства, возникающим между антимонопольными органами и бизнесом.

Постановлением Пленума наконец был окончательно закреплен принцип презумпции ограничения конкуренции в результате заключения картельного соглашения (per se).

Закрепление указанного принципа направлено на прекращение споров, касающихся признания любого, даже нереализованного картельного соглашения, ограничивающим конкуренцию.

Теперь у антимонопольных органов действительно отсутствует необходимость доказывания негативного эффекта от картельного соглашения, достаточно лишь доказать факт его заключения.

В свою очередь антимонопольный орган и суды придерживались данного подхода и до принятия постановления, так что его закрепление не особо повлияло на практику правоприменения.

Однако, согласно позиции ВС РФ, изложенной в постановлении, подход per se все таки не является абсолютным.

Так, постановлением были даны наиболее важные в части доказывания заключения и реализации антиконкурентных соглашений разъяснения.

Согласно позиции ВС РФ, изложенной в постановлении, при споре о наличии соглашения, суды должны обращать внимание на:

- обычный/необычный уровень снижения НМЦК для той или иной категории торгов;

- признаки осуществления единой стратегии;

- способность единой стратегии повлечь извлечение прибыли из картеля.

Иными словами, для того, чтобы доказать наличие заключенного между участниками картельного соглашения, антимонопольному органу, в частности, необходимо будет проанализировать торги, которые проводятся в отношении определенных товаров, работ или услуг, на предмет отклонения от сформированной на аналогичных торгах цены в результате действий потенциальных участников картеля.

Более того, антимонопольному органу необходимо будет доказать, что действия участников картеля позволяют извлечь прибыль из его реализации. Таким образом, установление факта наличия (отсутствия) заключенного антиконкурентного соглашения ставится в зависимость от получения (потенциальной возможности получения) прибыли его участников.

Наиболее примечательным, на наш взгляд, является разъяснение относительно пассивного (номинального) участия в торгах или отказ от участия в них после подачи заявки. В частности, ВС РФ считает, что номинальное участие в торгах хозяйствующего субъекта, направленное исключительно на то, чтобы торги были признаны состоявшимися и в отношении них не принимались правила заключения договора с единственным поставщиком, не является следствием заключения и реализации антиконкурентного соглашения.

Учитывая изложенное, ВС РФ признал законной так называемую «мнимую» конкуренцию, которая, по мнению антимонопольного органа, порождает видимость присутствия на рынке дополнительного конкурента и создает у потенциальных участников рынка ложное представление как о структуре рынка, так и о величине барьеров входа, которые этому потенциальному участнику предстоит преодолеть.

Более того, судами уже применяется подход, изложенный в ПП ВС РФ № 2.

Например, Арбитражный суд Волго-Вятского округа в постановлении от 18.10.2021 № Ф01-5725/2021 по делу № А28-11809/2019 указал, что взаимодействие и объединение усилий ООО «Технология диетического питания», ООО «Столовая N 1», ООО «Здоровое питание», ООО «Аудит-Консалтинг» в ходе проведения торгов не запрещено, отметив, что законодательство не устанавливает обязанность снижать участниками аукционов рассчитанную в соответствии с утвержденными методиками обоснованную начальную цену государственного контракта до цены экономически невыгодной, не отвечающей интересам субъекта предпринимательской деятельности.

В свою очередь Арбитражный суд Дальневосточного округа со ссылкой на Постановление Пленума ВС РФ № 2 обратил внимание на то, что Управление ФАС России по Хабаровскому краю не доказало, была ли получена какая-либо выгода от результатов проведенного аукциона; не обосновало, кому и какими действиями ограничена конкуренция при участии в торгах; как действия участников повлияли на установление или поддержание цен на торгах; не доказало, что в результате действий хозяйственных обществ при участии в торгах наступили отрицательные последствия ограничения конкуренции[[1]](#footnote-1).

К аналогичным выводам пришел и Тринадцатый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 27.07.2021 № 13АП-2937/2021, 13АП-17311/2021 по делу № А56-17340/2020, отметив, также, что антимонопольный орган, вменив ООО «НДК» заключение антиконкурентного соглашения, не провел анализа того, является ли достигнутый уровень снижения цены, который по инкриминируемому конкурсу № 0172200002117000073 составил 0,5%, обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров, или нет.

Таким образом, положения вышеуказанного постановления, касающиеся признания допустимой мнимой конкуренции при участии в конкурентных процедурах, позволяют рассчитывать на отступление от формального подхода к картельным соглашениям (per se) в пользу более детального изучения отношений между хозяйствующими субъектами в целях установления наличия факта существования реальной конкуренции между ними, в отсутствие которой невозможно было бы признать заключение картельного соглашения.

Кроме того, по нашему мнению, суд поставил точку в вопросе так называемых «семейных картелей» указав, что при доказывании ограничивающего конкуренцию соглашения, заключенного между лицами, входящими в одну группу лиц, но не отвечающими требованиям частей 7 и 8 статьи 11 ЗоЗК (в части подконтрольности), необходимо устанавливать наличие реальных конкурентных отношений между такими лицами.

В пользу указанного вывода свидетельствует практика судов, касающаяся отмены решений антимонопольных органов о признании антиконкурентных соглашений между хозяйствующими субъектами, подконтрольными родственникам.

Так, рассматривая дело признании незаконным решения антимонопольного органа, Восьмой арбитражный апелляционный суд, а впоследствии и Арбитражный суд Западно-Сибирского округа, пришли к выводу о недоказанности антимонопольным органом заключения между ООО «Квазар» и ООО «Виджи» картельного соглашения в связи с отсутствием экономической необходимости конкурентной борьбы между двумя юридическими лицами с учетом обстоятельств одного «семейного бизнеса» (единоличным учредителем и директором ООО «Квазар» являлся Сибиряков Андрей Александрович, директором и единоличным учредителем ООО «Виджи» - Сибирякова Вера Михайловна, которые с 28.04.2000 состояли в зарегистрированном браке)[[2]](#footnote-2). При этом, необходимо отметить, что арбитражный суд первой инстанции, принимая решение до вынесения Постановления Пленума ВС РФ № 2, отказал предпринимателям-супругам в удовлетворении требований.

В другом деле арбитражные суды указали на отсутствие антиконкурентного соглашения ввиду подконтрольности одной организации другой в связи с наличием родственных связей между руководителями участников аукциона и договора управленческих услуг (один из заявителей дал другому полномочия осуществлять управление и полный контроль за его деятельностью), отклонив доводы антимонопольного органа о том, что наличие родственных связей не свидетельствует о подконтрольности одной организации другой, поскольку руководство организациями осуществляют разные люди (родственники)[[3]](#footnote-3).

Несмотря на то, что судебная практика по вопросу отмены решений антимонопольных органов о заключении картельных соглашений между хозяйствующими субъектами, объединенными в одну группу лиц по признаку родства, в настоящий момент весьма малочисленна, положения Постановления Пленума ВС РФ № 2 дают повод надеяться, что практика принятия подобных решений в ближайшее время может существенно измениться в сторону признания подобных соглашений допустимыми.

Вместе с тем, необходимо все же отметить, что, несмотря на возможное решение рассмотренных вопросов на уровне Постановления Пленума ВС РФ № 2, указанные проблемы потенциально будут вызывать множество вопросов со стороны антимонопольных органов, арбитражных судов и бизнес сообщества, и **поставить точку в такой дискуссии могли бы обновленные разъяснения ФАС России относительно «семейных картелей» и «мнимой конкуренции»** сучетом **положений ПП ВС РФ № 2 или внесение изменений в Закон о защите конкуренции, которыми будет расширен перечень исключений.**

**3. Закупочные союзы и создание конкурентами совместных предприятий для участия в закупках**

20.07.2021 ФАС России опубликовала разъяснения, касающиеся вопроса создания закупочных союзов в рамках действующего антимонопольного законодательства.

Так, согласно официальной позиции антимонопольного органа действующее антимонопольное законодательство предусматривает возможность создания закупочных союзов. Однако, учитывая, что в Законе о защите конкуренции отсутствует понятие "закупочный союз", то осуществление совместных закупок несколькими хозяйствующими субъектами может быть признано соглашением, на которое распространяются правила, предусмотренные указанным законом.

Таким образом, субъекты, принявшие решение организовать закупочный союз, должны осуществить проверку условий создания и функционирования такого союза на предмет наличия рисков заключения антиконкурентного соглашения.

Вместе с тем хозяйствующим субъектам стоит учитывать, что ряд соглашений может быть заключен без рисков нарушения антимонопольного законодательства посредством:

* договора коммерческой концессии;
* соглашения, доля на рынке участников которого не превышает 20 % (для вертикальных соглашений);
* соглашения между хозяйствующими субъектами, не занимающими доминирующее положение, суммарная выручка которых не превышает 400 млн. рублей (для "иных" соглашений);
* соглашения, направленного на совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса, повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;
* соглашения, направленного на получение покупателями преимуществ, соразмерных преимуществам, полученным участниками соглашения;
* соглашения, заключенного внутри подконтрольной группы лиц;
* соглашения о совместной деятельности, заключенного с согласия антимонопольного органа;
* создания конкурентами юридического лица с согласия антимонопольного органа.

Кроме того, действующее законодательство позволяет объединяться независимым друг от друга хозяйствующим субъектам в одну торговую сеть путем использования торговых объектов под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации (пункт 8 статьи 2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»).

Таким образом, законодательством предусмотрена возможность создания закупочных союзов, которые будут способствовать оптимизации закупок для его участников, при условии соблюдения антимонопольных требований.

Наиболее верными, с нашей точки зрения, способами организации закупочного союза, которые максимально обезопасят не входящие в одну подконтрольную группу лиц хозяйствующие субъекты от обвинения  заключении антиконкурентного соглашения, являются:

* соглашение о совместной деятельности, заключенное с согласия антимонопольного органа;
* создание юридического лица (совместного предприятия) с согласия антимонопольного органа.

Указанный выбор не является случайным, так как только при наличии контроля за созданием юридического лица или осуществлением совместной деятельности со стороны антимонопольного органа стороны могут исключить негативные риски привлечения к ответственности за заключение и реализацию антиконкурентного соглашения.

Учитывая изложенное, действующее антимонопольное законодательство предусматривает реальную возможность создания «закупочных союзов» в форме нового юридического лица, которое будет способствовать оптимизации закупок для его участников, и соглашения о совместной деятельности, при условии соблюдения требований Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем из субъектов разъяснения ФАС России явно выпадают хозяйствующие субъекты—конкуренты, которые в целях увеличения прибыли и снижения рисков неисполнения более крупных государственных и иных контрактов планируют объединиться (путем создания совместного предприятия или заключения соглашения о совместной деятельности) для участия в государственных закупках.

Вместе с тем необходимость в объединении усилий хозяйствующих субъектов в настоящее время обусловлена следующими факторами:

* отсутствие возможности подачи коллективных заявок;
* стремление хозяйствующих субъектов к росту и увеличению прибыли;
* невозможность исполнения крупных государственных контрактов собственными силами в связи с недостаточностью мощностей, сотрудников и (или) товаров, а также существенным риском включения в РНП;
* западными санкциями, приводящими к экономическому кризису, который делает невозможным исполнение контракта одним лицом по наиболее выгодной для заказчика цене и в разумные сроки.

С одной стороны, хозяйствующие субъекты-конкуренты, пользуясь по аналогии разъяснениями о создании «закупочных союзов» могут, согласовав с антимонопольным органом, создать совместное предприятие или заключить соглашение о совместной деятельности.

Вместе с тем в настоящее время хозяйствующие субъекты-конкуренты не обладают достаточной правовой определенностью, позволяющей без опасений (быть обвиненными в заключении антиконкурентного соглашения, стать объектом внеплановой выездной проверки) обратиться в антимонопольный орган с соответствующим ходатайством.

**Таким образом, учитывая актуальность данного вопроса, полагаем целесообразным рекомендовать ФАС России подготовить отдельные разъяснения, касающиеся возможности и описывающие порядок создания хозяйствующими субъектами-конкурентами совместных предприятий или заключения ими соглашений о совместной деятельность.**

1. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.08.2021 № Ф03-4244/2021 по делу № А73-21091/2020 [↑](#footnote-ref-1)
2. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.08.2021 № Ф04-4434/2021 по делу № А75-13398/2020 [↑](#footnote-ref-2)
3. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.07.2021 по делу № А75—15776/2020 [↑](#footnote-ref-3)