



Именем
Российской Федерации

ПОСТАНОВЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

по делу о проверке конституционности части 8 статьи 11 и пункта 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобой акционерных обществ «Специализированный Застройщик «Кошелев-проект Самара» и «Кошелев-проект»

город Санкт-Петербург

30 марта 2023 года

Конституционный Суд Российской Федерации в составе Председателя В.Д.Зорькина, судей А.Ю.Бушева, Г.А.Гаджиева, Л.М.Жарковой, С.М.Казанцева, С.Д.Князева, А.Н.Кокотова, Л.О.Красавчиковой, С.П.Маврина, Н.В.Мельникова,

с участием представителя акционерных обществ «Специализированный Застройщик «Кошелев-проект Самара» и «Кошелев-проект» – адвоката В.Ю.Яковлева, полномочного представителя Государственной Думы в Конституционном Суде Российской Федерации Ю.А.Петрова, полномочного представителя Совета Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации И.В.Рукавишниковой и полномочного представителя Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации А.В.Коновалова,

руководствуясь статьей 125 (пункт «а» части 4) Конституции Российской Федерации, пунктом 3 части первой, частями третьей и четвертой статьи 3, частью первой статьи 21, статьями 36, 74, 86, 96, 97 и 99

Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»,

рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности части 8 статьи 11 и пункта 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции».

Поводом к рассмотрению дела явилась жалоба акционерных обществ «Специализированный Застройщик «Кошелев-проект Самара» и «Кошелев-проект». Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции Российской Федерации оспариваемые заявителями законоположения.

Заслушав сообщение судьи-докладчика А.Ю.Бушева, объяснения представителей сторон и выступления приглашенных в заседание представителей: от Генерального прокурора Российской Федерации – В.В.Росинского, от Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации – М.И.Матяшевскую, от Российского союза промышленников и предпринимателей – Т.А.Каменскую, исследовав представленные документы и иные материалы, Конституционный Суд Российской Федерации

у с т а н о в и л :

1. Согласно части 8 статьи 11 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» под контролем в данной статье, а также статьях 11¹ и 32 названного Федерального закона понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством распоряжения более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица, и (или) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Пунктом 1 части 1 статьи 17 этого же Федерального закона предусмотрено, в частности, что при проведении торгов запрещаются

действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами торгов или заказчиками деятельности их участников, а также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации.

1.1. Как следует из представленных материалов, решением антимонопольного органа в действиях закрытого акционерного общества «Проектно-промышленное строительное объединение» АО «АВИАКОР», впоследствии переименованного в акционерное общество «Кошелев-проект» (далее – АО «Кошелев-проект»), и акционерного общества «Специализированный Застройщик «Кошелев-проект Самара» (далее – АО «СЗ «Кошелев-проект Самара») установлены нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 и пункта 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции», с чем согласилась ФАС России.

В дальнейшем на основании этого решения антимонопольный орган вынес постановления, которыми признал заявителей виновными в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.32 «Заклучение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности» КоАП Российской Федерации, с назначением административного наказания в виде административного штрафа (АО «Кошелев-проект» в размере 52 241 720 руб., АО «СЗ «Кошелев-проект Самара» – 86 072 280 руб.).

Решением Арбитражного суда Самарской области от 1 февраля 2021 года, оставленным без изменения арбитражными судами апелляционной и кассационной инстанций, заявителям отказано в признании решения и

постановлений антимонопольных органов незаконными. Судья Верховного Суда Российской Федерации определением от 13 октября 2021 года отказал заявителям в передаче кассационных жалоб для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, с чем согласился заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации (письмо от 14 января 2022 года).

Оспаривая названные решения антимонопольных органов в части вмененного им нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции», заявители указывали судам на то, что они входят в одну группу лиц в соответствии со статьей 9 этого Федерального закона, фактически и юридически конкурентами не являются ввиду совпадения персонала в двух организациях, выдачи доверенностей от имени обществ на сотрудников обеих организаций, выдачи взаимных поручительств по кредитным обязательствам, по исполнению муниципальных контрактов и при оформлении банковских гарантий в обеспечение исполнения этих контрактов двумя обществами и лично гражданином В.А.Кошелевым. В силу функциональных обязанностей организация и осуществление процесса участия обществ в конкурентных процедурах скоординированы в руках одного должностного лица, что свидетельствует не о заключении антиконкурентного соглашения, а об отсутствии конкуренции между обществами ввиду их отношения к одной группе лиц. Использование единой инфраструктуры для участия в торгах, подача идентичных заявок по содержанию и оформлению, небольшой временной интервал в их подаче, единый юридический и фактический адрес обществ свидетельствуют о рациональном поведении участников одной группы лиц.

Заявители при этом утверждали, что образованная ими группа лиц подконтрольна лицу, осуществляющему функции единоличного исполнительного органа обоих обществ, а потому они изначально не

могли конкурировать на торгах. Суды, однако, отклонили этот довод, отметив, что предусмотренный частью 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» перечень подпадающих под понятие контроля действий, при наличии которых хозяйствующим субъектам предоставляется иммунитет в отношении антиконкурентных соглашений, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит.

Кроме того, суды сочли установленным, что между заказчиком торгов и заявителями было достигнуто соглашение в устной форме, обеспечившее им преимущество при заключении муниципальных контрактов, которое выразилось в приоритетном доступе к аукционной документации, преднамеренном увеличении сроков строительства объекта, а также выполнении части работ по контракту до начала торгов, в связи с чем часть контрактных обязательств не могла бы быть исполнена в случае победы в аукционе иной организации.

1.2. По мнению заявителей, часть 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» не соответствует статьям 4 (часть 2), 8 (часть 1), 15 (части 1 и 2), 19 (части 1 и 2), 34 (часть 2), 45 и 46 (часть 1) Конституции Российской Федерации в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, она допускает определение контроля по отношению к хозяйствующим субъектам на основании формальных признаков без исследования и учета фактических обстоятельств, свидетельствующих о наличии у лица возможности прямо или косвенно определять решения, принимаемые такими субъектами.

Кроме того, они полагают, что пункт 1 части 1 статьи 17 этого Федерального закона противоречит тем же положениям Конституции Российской Федерации, поскольку позволяет устанавливать нарушения антимонопольного законодательства без исследования фактических обстоятельств и установления реальности угрозы ограничения конкуренции.

Между тем оспариваемый пункт 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции», устанавливающей запрет на совершение

действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, как сам по себе, так и в системной связи с другими положениями этого Федерального закона, а также пунктами 3 и 4 статьи 1, статьей 10 и пунктом 1 статьи 449 ГК Российской Федерации направлен на реализацию требований статей 8, 17 (часть 3), 34 и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации и не предполагает произвольного применения. Одновременно это законоположение само по себе не исключает взаимодействия участников торгов с их организаторами (заказчиками) (например, для уточнения условий участия в торгах или в связи с торгами по другим объектам, тем более что такое взаимодействие допускается Федеральным законом от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»), однако предпринимаемые ими действия не должны приводить к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

С учетом изложенного пункт 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции» не может рассматриваться как нарушающий в обозначенном аспекте конституционные права заявителей, чьи доводы в этой части жалобы относятся к обоснованности состоявшихся в их деле судебных актов. Их проверка, однако, требует установления и исследования фактических обстоятельств, от чего Конституционный Суд Российской Федерации в силу частей третьей и четвертой статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» воздерживается во всех случаях, когда это входит в компетенцию других судов или иных органов. Поэтому в указанной части жалоба заявителей не отвечает условиям допустимости обращений в Конституционный Суд Российской Федерации, а производство по настоящему делу в соответствующей части подлежит прекращению в силу пункта 2 части первой статьи 43 и части первой статьи 68 названного Федерального конституционного закона.

Таким образом, с учетом предписаний статей 74, 96 и 97 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по настоящему делу является часть 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» в той мере, в какой на ее основании в системе действующего правового регулирования устанавливается подконтрольность хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу лиц, в целях решения вопроса о соблюдении связанных с проведением торгов запретов по согласованию (координации) поведения между их участниками, а также для установления предусмотренных той же статьей условий (иммунитетов), при которых допускается освобождение от ответственности за нарушение требований законодательства о защите конкуренции.

2. Конституция Российской Федерации, гарантируя в России единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности, а также признание и защиту равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (статья 8), относит к числу прав и свобод, признание, соблюдение и защита которых являются обязанностью государства (статья 2), право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской, иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1) и право частной собственности, которое охраняется законом и включает в себя право каждого иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (статья 35, части 1 и 2).

В силу этих конституционных предписаний граждане могут определять сферу своей экономической деятельности и осуществлять ее как непосредственно, в индивидуальном порядке, так и опосредованно, в том числе путем создания коммерческого юридического лица либо участия в нем единолично или совместно с другими гражданами и организациями, самостоятельно выбирать экономическую стратегию развития бизнеса,

использовать свое имущество с учетом установленных Конституцией Российской Федерации гарантий права собственности (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2004 года № 3-П, от 25 мая 2010 года № 11-П и др.).

Закрепляя фундаментальные основы экономической свободы человека, Конституция Российской Федерации исходит из того, что реализация этой свободы сопряжена с соблюдением условий, которые устанавливаются законом (статья 71, пункты «в», «ж», «о»; статья 76, часть 1), не должна выходить за объективные пределы, определяемые в том числе недопустимостью нарушения прав и свобод других лиц (статья 17, часть 3) и запретом осуществления экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (статья 34, часть 2), а также может подвергаться определенным законодательным ограничениям, вводимым в соответствии с конституционно обусловленными критериями (статья 55, часть 3).

В соответствии со статьей 75¹ Конституции Российской Федерации обязанность по созданию условий для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан – как основы взаимного доверия государства и общества – возложена на органы публичной власти. Это подразумевает в числе прочего наличие инструментов, обеспечивающих надлежащий уровень стабильности, предсказуемости и надежности гражданского оборота, а равно эффективную судебную защиту прав и законных интересов его участников, без чего невозможно поддерживать конкурентную экономическую среду, необходимую для функционирования свободного рынка (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 февраля 2022 года № 7-П).

Как ранее указывал Конституционный Суд Российской Федерации, государство обязано осуществлять в сфере экономических отношений контрольную функцию, которая по своей конституционно-правовой природе производна от его организующего и регулирующего воздействия на общественные отношения и присуща всем органам государственной власти в

пределах закрепленной за ними компетенции (постановления от 18 июля 2008 года № 10-П, от 17 января 2013 года № 1-П и др.).

Конституционный запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, подразумевает наличие механизмов выявления и пресечения нарушений антимонопольного законодательства, включая возможность применения в отношении соответствующих лиц мер государственного принуждения, притом что такие механизмы должны быть адекватны конкретным условиям.

Создавая те или иные правовые механизмы в конституционно одобряемых целях, федеральный законодатель должен учитывать состояние экономики, необходимость оказания на нее того или иного направляющего воздействия для ее нормального и продуктивного функционирования, а также – с учетом имеющейся у него дискреции – руководствоваться экономической и иной целесообразностью и иными факторами, такими как, например, состояние борьбы с экономической преступностью, коррупцией, степень развитости экономики, и сообразно этому выбирать различные модели регулирования.

При этом соответствующее регулирование и порождаемые им правовые последствия должны быть определенными и предсказуемыми для участников экономической деятельности и не ставить под сомнение соблюдение принципов справедливости и равенства (преамбула; статья 19, части 1 и 2, Конституции Российской Федерации), распространяющихся как на реализацию конституционных прав и свобод, так и на исполнение конституционных обязанностей и соблюдение конституционных запретов.

3. Федеральный закон «О защите конкуренции», устанавливая организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе по предупреждению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции (пункт 1 части 1 статьи 1), определяет монополистическую деятельность как злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным

законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью, понимая при этом под соглашением соответствующую договоренность как в письменной, так и в устной форме (пункты 10 и 18 статьи 4).

Статья 11 данного Федерального закона формулирует признаки соглашений, которые запрещаются, и наряду с его статьями 12 и 13 устанавливает исключения из этих запретов (часть 6), признавая соответствующие соглашения допустимыми, тем самым учитывая, что в силу специфики гражданско-правовых отношений такие запреты не могут распространяться на обычное взаимодействие хозяйствующих субъектов для целей общей выгоды, предполагающей объединение усилий, взаимное согласование и совместное осуществление действий (бездействие) на товарном рынке (заключение договоров простого товарищества для ведения совместной деятельности, привлечение одним хозяйствующим субъектом другого в качестве соисполнителя (субподрядчика) по гражданско-правовому договору, взаимодействие в формате некоммерческих организаций и пр.).

Допустимость соглашений и согласованных действий, в отношении которых введен запрет (части 2–4 статьи 11, части 1–3 статьи 11¹ и другие положения этого Федерального закона), законодатель обусловил различными обстоятельствами, установление которых может привести к выводу о том, что с учетом особенностей развития экономики поведение хозяйствующих субъектов, подпадающее под общий запрет, в отдельной конкретной ситуации может благоприятно сказаться на удовлетворении публично значимых интересов. В частности, допустимыми могут быть признаны такие соглашения (согласованные действия), результатом которых при выполнении иных установленных законом условий является или может являться совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса, либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке, либо получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими

субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок (пункты 1 и 2 части 1 статьи 13 этого Федерального закона). Правительство Российской Федерации по предложению федерального антимонопольного органа вправе определять случаи допустимости соглашений (общие исключения), предусматривающие ряд условий, и вводить их на конкретный срок (части 2 и 3 статьи 13 этого Федерального закона).

Вместе с тем не могут быть признаны допустимыми по основаниям, указанным в статьях 12 и 13 Федерального закона «О защите конкуренции», соглашения (картели), которые приводят или могут привести к определенным правовым последствиям. К таким соглашениям (картелям), обладающим высокой (безусловной) степенью запрета (*per se*), законодателем отнесены, в частности, соглашения, связанные с установлением или поддержанием цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок, а также повышением, снижением или поддержанием цен на торгах (пункты 1 и 2 части 1 статьи 11 этого Федерального закона). Достижение и исполнение таких соглашений могут с высокой вероятностью исключать или ограничивать конкуренцию, иным образом негативно сказываться на обеспечении публично значимого интереса по ее поддержанию и в то же время, с точки зрения оценки законодателем текущих экономических, технологических и иных объективно сложившихся особенностей, не приводить к достижению эффекта, положительно влияющего на развитие общества.

Действие такого запрета тем более оправданно для соглашений относительно видов деятельности, предполагающих в силу своей природы наличие конкурентной среды, к которым очевидно относится деятельность, связанная с участием хозяйствующих субъектов в торгах.

3.1. Статья 11 указанного Федерального закона признает картелем и запрещает соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т.е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами,

осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к определенным негативным последствиям для состояния рынка, экономического благополучия граждан, публичных финансов, в том числе к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1).

Следовательно, специфическим признаком картеля признается участие в нем хозяйствующих субъектов – конкурентов, в отличие, например, от «вертикальных» соглашений, также запрещенных антимонопольным законодательством, когда на основании соглашения между хозяйствующими субъектами один приобретает товар, а другой предоставляет (продает) его (пункт 19 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции»). Само по себе участие хозяйствующих субъектов, пусть и занимающихся различными видами деятельности, в торгах в отношении реализуемого или приобретаемого в результате их проведения товара позволяет рассматривать таких субъектов в качестве конкурентов на рынке соответствующего товара.

3.2. Пленум Верховного Суда Российской Федерации разъяснил, что с учетом положений пункта 18 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции» соглашением хозяйствующих субъектов могут быть признаны любые договоренности между ними в отношении поведения на рынке, в том числе как оформленные письменно (например, договоры, решения объединений хозяйствующих субъектов, протоколы), так и не получившие письменного оформления, но нашедшие отражение в определенном поведении. Факт наличия соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок. Наличие соглашения может быть установлено исходя из того, что несколько хозяйствующих субъектов намеренно следовали общему плану поведения (преследовали единую противоправную цель), позволяющему извлечь выгоду из недопущения (ограничения, устранения) конкуренции на товарном рынке. Вместе с тем схожесть поведения нескольких хозяйствующих субъектов сама по себе не является основанием для вывода о наличии между

ними ограничивающего конкуренцию соглашения. В этом случае необходимо учитывать, имелись ли иные причины для избранного хозяйствующими субъектами поведения, например если оно соответствует сформировавшимся (изменившимся) на рынке условиям деятельности, обусловлено одинаковой оценкой ситуации на рынке со стороны хозяйствующих субъектов. Кроме того, с учетом публичного характера антимонопольных запретов и презумпции добросовестности участников гражданского оборота обязанность установить, что между хозяйствующими субъектами имеется соглашение, которое нарушает статью 11 Федерального закона «О защите конкуренции», а также определить состав участников соглашения возлагается на антимонопольный орган (пункт 21 постановления от 4 марта 2021 года № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»).

3.3. Картельное соглашение рассматривается федеральным законодателем как наиболее тяжкое нарушение антимонопольного законодательства, поскольку за него – если соответствующее деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере – установлена уголовная ответственность (статья 178 УК Российской Федерации). Кроме того, за картельные соглашения законодательством об административных правонарушениях предусмотрены наиболее значительные по размеру оборотные штрафы для юридических лиц по сравнению со штрафами за нарушение запретов на иные ограничивающие конкуренцию соглашения, в частности на «вертикальные» соглашения (части 3 и 4 статьи 14.32 КоАП Российской Федерации).

Согласно части 1 статьи 14.32 КоАП Российской Федерации заключение хозяйствующим субъектом соглашения, признаваемого в соответствии с антимонопольным законодательством картелем, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 той же статьи, либо участие в нем влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от сорока тысяч до пятидесяти тысяч рублей или

дисквалификацию на срок от одного года до трех лет; на юридических лиц – от трех сотых до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее ста тысяч рублей.

При этом в силу части 2 этой же статьи КоАП Российской Федерации заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения, если оно приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо участие в нем влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц – от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Приведенное регулирование свидетельствует о том, что нарушение запрета картеля на торгах устанавливается законодателем в качестве самостоятельного квалифицирующего признака и такое нарушение рассматривается как более тяжкое по сравнению с иными случаями картеля, перечисленными в части 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» и влекущими ответственность по части 1 статьи 14.32 КоАП Российской Федерации. При этом в целях стимулирования правомерного поведения хозяйствующих субъектов в случае их деятельного раскаяния предусмотрена возможность освобождения от административной ответственности за заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения, а также установлены дополнительные основания для смягчения ответственности за такое административное правонарушение (примечания 1–3 и 5 к статье 14.32 КоАП Российской Федерации).

3.4. Таким образом, федеральный законодатель в рамках своей дискреции придает особое значение торгам как специфическому способу совершения сделки посредством проведения конкурса или аукциона, конститутивным элементом которого служит состязательность, конкурентная борьба, а целью торгов как юридической процедуры является выявление претендента на заключение договора, который способен предложить наиболее приемлемую – высокую или низкую – цену (при проведении аукциона) или лучшие условия договора (при проведении конкурса) и тем самым наиболее полно удовлетворить интересы как организатора и (или) заказчика торгов, так и победителя, а в некоторых случаях и третьих лиц.

Конституционный Суд Российской Федерации ранее отмечал, что использование в определенных случаях конкурентных процедур отбора контрагентов является общемировой практикой и обусловлено: необходимостью удовлетворить интерес заказчика в заключении договора на лучших для него условиях и с лучшим контрагентом; задачами защиты конкуренции; целью профилактики коррупционных правонарушений (Постановление от 23 декабря 2022 года № 57-П).

В связи с этим установление как запрета картеля на торгах, так и повышенной публичной ответственности за нарушение этого запрета преследует конституционно одобряемые цели и адекватно им, поскольку осуществление сделок именно на торгах имеет особое значение для поддержания и защиты положительного эффекта от конкуренции, которая должна быть основана на соблюдении принципа добросовестной ценовой и неценовой состязательности между участниками соответствующих правоотношений в целях выявления лучших условий поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг. Реализация данного принципа непосредственно связана с предназначением и целями торгов, смысл которых при отсутствии конкуренции между хозяйствующими субъектами утрачивается.

Сказанное не означает, что законодатель, пользуясь своей дискрецией, не может вводить исключения для отдельных случаев проведения торгов,

устанавливая (в том числе на конкретный период) специальные правила в отношении их участников, процедуры определения наилучших условий, взаимодействия между участниками, заказчиком и организатором торгов, а также иные особенности, снижающие уровень состязательности или допускающие ситуацию, при которой победитель торгов может быть определен вне конкурентной среды. Между тем такие исключения должны быть предусмотрены в законе или в соответствии с ним ясно и недвусмысленно.

4. Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, законодатель, устанавливая ответственность за те или иные противоправные деяния, в силу имеющейся у него дискреции может по-разному, в зависимости от существа охраняемых общественных отношений, конструировать составы правонарушений и их отдельные элементы, а также учитывать и иные факторы, например степень распространенности таких правонарушений, значимость ценностей, на которые они посягают, и характер причиняемого ими вреда – имущественного, организационного или иного – охраняемому объекту (постановления от 27 июня 2005 года № 7-П, от 10 февраля 2017 года № 2-П, от 24 ноября 2022 года № 51-П и др.), тем самым оказывая влияние на выбор одного из вариантов именно публично поддерживаемой модели поведения лиц, принимающих решения в соответствующих сферах деятельности.

4.1. Часть 7 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» предусматривает, что положения этой статьи о запрете картелей, в том числе на торгах, не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из них в отношении другого установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых только одним из них не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

При этом в части 8 этой статьи, а также в статьях 11¹ и 32 данного Федерального закона под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством распоряжения более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица и (или) осуществления функций исполнительного органа юридического лица. Соответственно, предоставление иммунитета, в частности, применительно к картелям законодатель связывает с установлением двух квалифицирующих признаков, таких как вхождение хозяйствующих субъектов, принимающих участие в торгах, в одну группу лиц и нахождение таких субъектов под контролем одного лица в силу одного из двух или обоих указанных в законе обстоятельств.

Такое правовое регулирование было введено Федеральным законом от 6 декабря 2011 года № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации». На момент внесения в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проект данного Федерального закона предусматривал также еще один – третий – критерий, а именно получение права определять условия ведения предпринимательской деятельности юридического лица, однако впоследствии он был исключен из текста законопроекта, не став элементом правового регулирования.

Кроме того, в части установления двух признаков контроля предписания статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» не вступают в коллизию с положениями Договора о Евразийском экономическом союзе и Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к данному Договору; подпункты 11 и 16 пункта 2), поскольку в соответствии с подпунктом 1 пункта 3 статьи 74 данного Договора государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные

требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных его статьями 75 и 76, т.е. в том числе в отношении запретов картелей на торгах (пункт 3 статьи 76).

Таким образом, воля законодателя была направлена на то, чтобы связать исключение из запрета на картельные соглашения только с двумя признаками контроля.

Из этого же, по сути, исходит и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, разъяснивший в постановлении «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», что в силу части 7 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции», по общему правилу, положения данной статьи не применяются в отношении соглашений между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц согласно его статье 9, при условии, что одним из них в отношении другого установлен контроль, либо если они находятся под контролем одного лица; при этом контроль должен осуществляться в одной из форм, указанных в части 8 статьи 11 этого Федерального закона (пункт 28).

В этом же постановлении отмечено, что при доказывании ограничивающего конкуренцию соглашения, предусмотренного частью 1 статьи 11 названного Федерального закона, в отношении хозяйствующих субъектов, не отвечающих требованиям частей 7, 8 той же статьи, но формирующих группу лиц по иным основаниям, установленным его статьей 9, тем не менее должно быть установлено, что указанные лица являются конкурентами. Это коррелирует с пунктом 22 того же постановления, в соответствии с которым при установлении наличия картельного соглашения подлежит доказыванию факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке и достигнутые между ними договоренности имеют предмет, определенный в пунктах 1–5 части 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции»; наличие конкурентных отношений между участниками картеля подтверждается результатами проведенного анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Приведенные заявителем по настоящему делу немногочисленные примеры расширительного истолкования судами положений статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» не относятся к разъяснениям по вопросам судебной практики, которые дает Верховный Суд Российской Федерации, реализуя предусмотренное статьей 126 Конституции Российской Федерации полномочие, прежде всего, с целью обеспечения единообразного применения судами законодательства Российской Федерации.

Позиция Верховного Суда Российской Федерации созвучна выводам Конституционного Суда Российской Федерации, который в Определении от 28 декабря 2021 года № 2840-О указал, что содержащиеся в части 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» положения, устанавливающие понятие контроля, направлены на защиту конкурентной среды и гражданских прав хозяйствующих субъектов и, рассматриваемые в системе действующего правового регулирования, в том числе во взаимосвязи со статьей 9 «Группа лиц» данного Федерального закона, не могут расцениваться как нарушающие конституционные права заявительницы, в деле с участием которой суды признали обоснованным вывод антимонопольного органа о том, что она не входит в группу лиц с обществами, а является их конкурентом.

Отказывая в принятии к рассмотрению жалобы, в которой конституционность положений части 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» подвергалась сомнению, в том числе и в той мере, в какой они по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, не допускают возможности учитывать фактические обстоятельства дела, а именно наличие фактического контроля одного физического лица (конечного бенефициара) за двумя хозяйствующими субъектами и его фактическую возможность определять их решения, а также учитывать фактическое отсутствие конкурентных отношений между организациями, входящими в группу лиц и действующими в едином экономическом интересе, а потому не выступающими сторонами антиконкурентного

соглашения, Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 27 февраля 2020 года № 399-О отметил, что оспариваемые законоположения направлены на защиту конкурентной среды и гражданских прав хозяйствующих субъектов, а тем самым – на реализацию предписаний статей 8 (часть 1), 17 (часть 3), 34 (часть 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации и не могут расцениваться как нарушающие в обозначенных в жалобе аспектах конституционные права и свободы заявителя, в деле с участием которого арбитражный суд установил, что общества в спорный период не входили в одну группу лиц.

ФАС России также указывает на недопустимость расширительного толкования признаков контроля, предусмотренных частью 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» (разъяснение № 16 «О применении частей 7, 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции», утвержденное протоколом Президиума ФАС России от 13 марта 2019 года № 2), тем самым дополнительно ориентируя хозяйствующих субъектов, имеющих намерение принять участие в торгах, на поддерживаемую законом модель поведения, а также сообщая им о возможной негативной реакции органов публичной власти в случае, если аффилированные участники торгов в расчете на получение преимуществ перед другими участниками предпочтут – вопреки приведенным позициям Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации, а также специализированного федерального органа исполнительной власти – исходить из расширительного толкования оспариваемого законоположения.

4.2. Кроме того, при возникновении сомнений в понимании предписаний законодательства о защите конкуренции, в том числе в отношении перечня условий (критериев), от соблюдения которых зависит предоставление каких-либо преимуществ, тем более если в соответствующем тексте закона не содержится признаков, указывающих на открытость такого списка (например, не использованы такие слова, как «в частности», «иные случаи» и т.п.), хозяйствующий субъект, действующий добросовестно и разумно, применительно к обстоятельствам сложившейся у него конкретной

ситуации может обратиться за дополнительными разъяснениями в ФАС России (пункт 5 части 2 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции»; пункт 6.3 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 года № 331).

Как ранее отмечал Конституционный Суд Российской Федерации – с учетом влияния предпринимательства, порой существенного, на интересы множества лиц, его особого публично-правового значения – при одновременной экономической и иной поддержке со стороны государства и общества стандарт осмотрительности и заботливости, равно как и в целом стандарт добросовестности при уяснении правовых положений лицом, занимающимся предпринимательской деятельностью и тем более рассчитывающим на получение нормативно установленных привилегий, должен повышаться (Постановление от 26 января 2023 года № 4-П).

4.3. Действуя в пределах предоставленных ему дискреционных полномочий, федеральный законодатель может как придавать юридическим конструкциям и понятиям универсальное, межотраслевое значение, так и наполнять их разным содержанием в зависимости от целей отраслевого правового воздействия и характера регулируемых общественных отношений, не допуская при этом не отвечающих требованиям статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации ограничений прав субъектов экономической деятельности.

Статья 9 Федерального закона «О защите конкуренции» определяет группу лиц как совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким перечисленным в ней признакам. При этом отсылки к указанному понятию содержатся и в иных законодательных актах. Так, согласно части 6 статьи 1 Федерального закона от 28 декабря 2009 года № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» закрепленные его главой 3 антимонопольные правила, требования и запреты на действия (бездействие) хозяйствующих субъектов распространяются

также на действия (бездействие) лиц, входящих с ними в одну группу лиц в соответствии с Федеральным законом «О защите конкуренции». При этом для торговой деятельности, предполагающей в силу своей природы конкурентную среду, в отношении лиц, входящих в одну группу, устанавливаются более высокие требования по соблюдению антимонопольного законодательства.

Используется это понятие и для целей, не связанных непосредственно с регулированием в сфере защиты конкуренции. В частности, в Федеральном законе от 29 апреля 2008 года № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» отмечено, что понятия «группа лиц», «соглашение» используются в значениях, указанных в Федеральном законе «О защите конкуренции» (часть 3 статьи 3).

Наряду с этим Федеральный закон «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» предусматривает собственное понятие «контроль иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение» (пункт 3 части 1 статьи 3).

Особенностью предусмотренного названным Федеральным законом ограничительного правового режима является введение полного контроля над иностранными инвестициями в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение. Это выражается в установлении соответствующих изъятий для случаев участия в таких хозяйственных обществах иностранных инвесторов как напрямую, так и опосредованно – через группу лиц, в которую они входят (статья 1; часть 1 статьи 2), а также в широком понимании контроля, который охватывает корпоративное влияние, оказываемое иностранными инвесторами на хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение, не только непосредственно, но и через третьих лиц (пункт 3 части 1 статьи 3) (определения Конституционного Суда

Российской Федерации от 5 июля 2011 года № 924-О-О и от 29 сентября 2011 года № 1109-О-О).

4.4. В соответствии с частью 2 статьи 9 Федерального закона «О защите конкуренции» установленные антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействие) на товарном рынке хозяйствующего субъекта распространяются на действия (бездействие) группы лиц, если федеральным законом не установлено иное, т.е. федеральный законодатель в ряде случаев для целей антимонопольного регулирования рассматривает группу лиц в качестве «единого хозяйствующего субъекта», но вместе с тем не рассматривает такой подход к группе лиц как универсальный.

На это указывает и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, отметивший, что по смыслу данной нормы для целей применения антимонопольных запретов группа лиц рассматривается как один участник рынка. Если иное не установлено специальными положениями Федерального закона «О защите конкуренции», не вытекает из характера связей участников группы и не противоречит существу соответствующего антимонопольного запрета, то при установлении нарушений антимонопольного законодательства следует исходить из оценки допустимости поведения действующей в общем экономическом интересе группы лиц в отношении третьих лиц (иных участников рынка). При этом к лицу, формально вошедшему в группу лиц, может не применяться правовой режим этой группы, если при рассмотрении дела будет установлено, что в действительности данное лицо автономно в определении своего поведения на товарном рынке, например в связи с отсутствием у других участников группы достаточных правовых (договорных, корпоративных) и организационных (управленческих) средств влияния на его поведение (пункт 7 постановления «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»).

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 27 апреля 2001 года № 7-П, принцип равенства всех перед законом гарантирует одинаковые права и обязанности для субъектов,

относящихся к одной категории, и не исключает возможность установления различных условий для различных категорий субъектов права. Такие различия, однако, не могут носить произвольный характер, они должны основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов.

Установленные частью 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» признаки контроля одного хозяйствующего субъекта в отношении другого или одного лица в отношении хозяйствующих субъектов сформулированы с учетом вариативности поведения, когда физическое или юридическое лицо может как самостоятельно, так и через иное юридическое лицо или несколько юридических лиц определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного либо нескольких указанных в этой норме действий. Тем самым данным регулированием охватываются случаи, которые позволяют усматривать безусловный формально-юридически выраженный контроль и придавать его наличию определенное юридическое значение.

Такое определение контроля, как основанное на предположении о неспособности хозяйствующего субъекта – юридического лица самостоятельно управлять своей деятельностью при определенных обстоятельствах, требует соответствия нормативно установленным критериям и тем самым обеспечивает очевидность наличия контроля, в частности, для заказчика и организатора торгов, позволяя им сделать выводы о действительном (реальном) составе и количестве участников конкурентных процедур, и ориентировано на недопущение произвольного и не санкционированного самим государством расширения пределов действия данного исключения из конституционно значимого запрета картеля. Благодаря этому и участники группы лиц могут заблаговременно оценить выполнение условий получения предусмотренного законом иммунитета. Это имеет особое значение в контексте использования признаков контроля для регулирования исключения из запрета картельных соглашений и, прежде

всего, запрета картеля на торгах, где сама процедура заведомо для их участников предполагает конкуренцию.

4.5. Применительно к запрету картелей на торгах дифференциация хозяйствующих субъектов, произведенная федеральным законодателем на основе критерия наличия формально-юридически выраженного контроля над хозяйствующим субъектом, во всяком случае не может рассматриваться как произвольная и дискриминационная по отношению к хозяйствующим субъектам, которые этому критерию не соответствуют, несмотря на то что образуют по указанным в законе признакам группу лиц, поскольку хотя нахождение в одной группе и предполагает возможность влияния ее участников на решения друг друга, однако такое влияние может и не достигать той степени, которая позволяет определять решения одного лица как контроль над другим.

Расширительное толкование оспариваемого законоположения – вопреки прямо выраженной воле законодателя – позволяло бы, в частности, имитировать существование контроля созданием совокупности указывающих на него фиктивных признаков и использовать в дальнейшем предполагаемый фактический контроль для преодоления запрета картельных соглашений на торгах, что в конечном счете препятствовало бы достижению целей антимонопольного регулирования.

При этом нельзя отрицать, что возможны и иные обстоятельства, помимо формально-юридически выраженных предусмотренным оспариваемым положением образом, когда лицо действительно фактически имеет право определять условия ведения юридическим лицом экономической (в том числе предпринимательской) деятельности. Однако государство, устанавливая исключение из правил применительно к запрету заключать картельные соглашения, имеет право исходить из требования о том, чтобы контроль был надлежащим образом юридически выраженным, т.е. связывать его с такими закрепленными в законе правовыми формами (конструкциями) в сфере корпоративных отношений, когда с учетом сложившейся в обществе в определенный период практики существует высокая и очевидная для

третьих лиц (включая лиц, заинтересованных в надлежащем проведении торгов) вероятность того, что между участниками торгов при принятии ими управленческих решений существуют отношения фактического контроля.

Отсутствие прозрачности оснований контроля, когда он юридически надлежащим образом не выражен, приводило бы к тому, что позитивное для участников правоотношений значение (в смысле возможности заключения не допускаемых по общему правилу соглашений) придается такому контролю, который может быть обусловлен противоправными мотивами, в частности намерением скрыть свою активную роль в деятельности формально независимого хозяйствующего субъекта, например с целью усложнить доказывание возникновения у контролирующего лица в связи с деятельностью контролируемого обязанностей, оснований для привлечения к ответственности и т.п.

Применительно к участию в торгах создание, порой стремительное, признаков фактического контроля и апелляция к ним могут осуществляться для оправдания запрещенного законом соглашения в случае его выявления органами публичной власти. При этом состав таких признаков, достаточных для вывода о фактическом контроле, может различаться, является оценочным, а, значит, допущение подобной оценки может создавать предпосылки и для злоупотреблений со стороны соответствующих представителей правоприменительных органов. Во всяком случае из конституционных требований защиты свободы экономической деятельности не вытекает обязанность государства легитимировать такие формы фактического контроля посредством предоставления группе лиц, в которой он осуществляется, иммунитета от ответственности за заключение картельных соглашений.

Изложенное, однако, не исключает дискреции федерального законодателя на основе экономической и иной целесообразности как отменить или редуцировать изъятия из предусмотренного антимонопольным законодательством запрета на картельные соглашения, так и расширить сферу действия предусмотренного им иммунитета.

Кроме того, для хозяйствующих субъектов, образующих группу лиц, но не отвечающих признакам, обозначенным в части 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции», их совместное неконкурентное участие в торгах не является вынужденной и единственно возможной стратегией реализации свободы экономической деятельности, и, соответственно, нераспространение на них исключения из запрета картеля на торгах, предусмотренного частью 7 той же статьи, не может рассматриваться как несоразмерное ограничение их конституционных прав и как их дискриминация.

Исходя из изложенного и руководствуясь статьями 68, 71, 72, 74, 75, 78, 79 и 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации

п о с т а н о в и л :

1. Признать часть 8 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции» соответствующей Конституции Российской Федерации, поскольку по смыслу данной нормы в системе действующего правового регулирования условием, при котором запрет картеля не распространяется на соглашения хозяйствующих субъектов – участников торгов, признаются исключительно установленные ею признаки контроля одного хозяйствующего субъекта в отношении другого или одного лица в отношении хозяйствующих субъектов.

2. Прекратить производство по настоящему делу в части, касающейся проверки конституционности пункта 1 части 1 статьи 17 Федерального закона «О защите конкуренции».

3. Настоящее Постановление окончательно, не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно после провозглашения, действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами.

4. Настоящее Постановление подлежит незамедлительному опубликованию в «Российской газете», «Собрании законодательства

Российской Федерации» и на «Официальном интернет-портале правовой информации» (www.pravo.gov.ru).

Конституционный Суд
Российской Федерации

№ 12-П