

Стандарт доказывания картелей в судебной практике. Когда антимонопольные органы не находят поддержки у судов

Основной вопрос: компания не согласна с решением антимонопольного органа, который признал, что она заключила картельное соглашение. Факт наличия соглашения подтвержден только косвенными доказательствами. Есть ли шансы на успешное оспаривание решения антимонопольного органа в суде?

Решение: да, шансы есть, поскольку в судебной практике пока нет единообразного подхода к стандарту доказывания картелей. Некоторые суды занимают довольно жесткую позицию как в отношении косвенных доказательств, так и в отношении круга обстоятельств, которые подлежат доказыванию.



Юлия Полякова,
юрист Коммерческой группы
юридической фирмы VEGAS LEX



Ксения Подгузова,
младший юрист Коммерческой
группы юридической
фирмы VEGAS LEX

При всей активности борьбы антимонопольных органов с картельными соглашениями в России отсутствует какой-либо единообразный стандарт доказывания картельных соглашений: не определен предмет доказывания, а также не разрешен вопрос о допустимости тех или иных доказательств. Дорожная карта «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденная распоряжением Правительства РФ от 28.12.12 № 2579-р, предусматривала разработку разъяснений в отношении доказывания картельных сговоров к ноябрю 2013 года. Однако эти разъяснения не разработаны до сих пор.

Из практики антимонопольных органов можно выделить две основные тенденции. Во-первых, по мнению ФАС России, запрет на картельные соглашения хозяйствующих субъектов является запретом «per se», что означает отсутствие необходимости доказывать влияние таких соглашений на состояние конкуренции. Во-вторых, ФАС России настаивает на необходимости принятия при рассмотрении картельных дел не только прямых, но и совокупности косвенных доказательств (например, это могут быть экономический анализ деятельности участников рынка, поведенческий анализ хозяйствующих субъектов, опрос потребителей

и экономико-статистические расчеты эластичности спроса по цене и пр.). Это означает, что вывод о наличии в действиях субъектов запрещенного соглашения может быть сделан через результат предполагаемого соглашения, без ссылки на какие-либо прямые доказательства вины лиц. И таких примеров в практике антимонопольных органов немало.

Отсутствие единообразного стандарта доказывания запрещенных соглашений приводит к увеличению роли судейского усмотрения при разрешении в суде дел по оспариванию решений и предписаний антимонопольных органов. При этом подходы судов и антимонопольных органов иногда существенно расходятся. Более того, единообразия нет и в самой судебной практике. Тем не менее в ней можно выделить определенные тенденции, формирующиеся на сегодняшний день.

Предмет доказывания

Один из камней преткновения в судебной практике – вопрос о том, должен ли антимонопольный орган, доказывая наличие картельного соглашения, проводить анализ рынка, на котором заключено это соглашение. В подзаконном нормативном акте, который регламентирует порядок определения товарного рынка (Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержден приказом ФАС России от 28.04.10 № 220), прямо указано, что при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденных по признакам нарушения частей 1, 1.2 и 3 статьи 11 закона № 135-ФЗ (то есть в том числе дел о нарушении запрета на картели), не требуется проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Поэтому антимонопольные органы обычно такой анализ не проводят. Как было указано выше, считая запрет на картельные соглашения безусловным, они не видят необходимости доказывать влияние этих соглашений на состояние конкуренции. По той же причине антимонопольные органы не анализируют последствия заключения того или иного соглашения для самих компаний – принесло им это экономическую выгоду или нет. Суды расценивают эти факты по-разному.

Жесткий подход к кругу обстоятельств, подлежащих доказыванию. Так, в одном деле суд высказал позицию, согласно которой для установления факта наличия антиконкурентного соглашения антимонопольный орган должен доказать совокупность трех обстоятельств. Во-первых, факт достижения (заключения) хозяйствующими субъектами соглашения и их участия в нем (как правило, на основании экономического анализа товарного рынка). Во-вторых, наличие отрицательных последствий для рынка от предполагаемого картельного соглашения. И в-третьих, причинно-следственную связь между конкретными действиями участников и негативными последствиями для рынка (постановление ФАС Поволжского округа от 11.12.12 по делу № А06-9400/2011).

Кроме того, многие суды указывают квалифицирующим признаком антиконкурентного соглашения (и соответственно, обстоятельством, подлежащим доказыванию антимонопольными органами) получение компанией, которая

Nota bene!



ВАС РФ разграничил понятия соглашений и согласованных действий еще до того, как это произошло на уровне закона (соответствующие поправки в закон № 135-ФЗ внес Федеральный закон от 06.12.11 № 401-ФЗ). В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.08 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» разъяснялось, что доказывание согласованных действий возможно через их результат. Но это разъяснение неприменимо к доказыванию картельных соглашений (постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.10 № 9966/10).

«Многие суды считают квалифицирующим признаком картельного соглашения получение компанией, которая его заключила, экономической выгоды»

заключила соглашение, экономической выгоды в той или иной форме. Так, в одном деле компаниям удалось оспорить решение ФАС России, которым они были признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ (заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, которое привело к поддержанию цен на торгах). Суды признали это решение недействительным из-за отсутствия доказательств того, что компании, которым вменялось нарушение, получили какую-либо материальную выгоду от предполагаемого соглашения, а также из-за того, что антимонопольный орган не провел анализ рынка лекарственных препаратов, его специфики (постановление ФАС Московского округа от 17.10.12 по делу № А40-106915/11).

На необходимость доказывания факта получения экономической выгоды от предполагаемого соглашения также было указано в постановлении Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.05.13 по делу № А64-8157/2012. В постановлении ФАС Московского округа от 16.06.14 по делу № А40-35775/13 суд указал, что неопределенность географических и продуктовых границ товарного рынка, отсутствие исследования взаимозаменяемости товаров и долей каждого из обвиняемых хозяйствующих субъектов на рынке не позволяют сделать вывод о наличии соглашения о разделе рынка. Таким образом, фактически суд указал на необходимость анализа рынка для доказывания существования картельного соглашения. К аналогичному выводу пришел ФАС Уральского округа в постановлении от 24.08.12 по делу № А07-22878/11.

ФАС Поволжского округа в постановлении от 28.01.13 по делу № А12-6375/2011 указал, что для установления наличия картельного соглашения необходимо в том числе выявить потенциальную возможность наступления отрицательных последствий в связи с заключением такого соглашения (определением ВАС РФ от 29.07.13 № 6461/12 отказано в передаче дела на пересмотр в Президиум). Семнадцатый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 28.08.12 по делу № А71-2409/2012 тоже указал, что, поскольку нарушение состоит в достижении участниками договоренности, которая приводит или может привести к перечисленным в части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ последствиям, антимонопольный орган должен доказать наличие соответствующих последствий.

Мягкий подход к кругу обстоятельств, подлежащих доказыванию. В то же время некоторые суды придерживаются менее жесткого подхода к доказыванию картельных соглашений и не считают нужным устанавливать возможность наступления отрицательных последствий для рынка. Например, в одном деле суд указал, что в части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ установлен безусловный запрет на соглашения, которые приводят или могут привести в том числе к необоснованному установлению и поддержанию завышенных наценок, цен. Суд прямо назвал этот запрет запретом «per se» и указал, что для его применения не требуются доказательства негативных последствий, в том числе в части влияния на конкуренцию, ущемления интересов (постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.07.12 по делу № А65-9084/2011). ФАС Северо-Кавказского округа в постановлении от 06.05.10 по делу № А32-23943/2008-19/488 и вовсе указал, что

исходя из смысла статей 11, 12 и 13 закона № 135-ФЗ возможность наступления соответствующих последствий предполагается.

Девятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 24.04.13 по делу № А40-94793/12-93-935 согласился с тем, что должен быть доказан факт достижения антиконкурентного соглашения, а также факт получения его участниками экономической выгоды, а вот в отношении наступления ограничивающих конкуренцию последствий заметил, что их доказывать не обязательно.

Использование косвенных доказательств


Сложившаяся судебная практика показывает, что суды чаще всего принимают косвенные доказательства заключения картельного соглашения по делам о сговоре на торгах в рамках государственного заказа, чем по другим категориям картельных дел. Однако это не исключает возможности распространения такой тенденции и на иные категории нарушений. Так, Пятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 14.05.14 по делу № А51-28478/2013 прямо указал, что доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основании анализа их поведения в рамках предпринимательской деятельности с учетом принципов разумности и обоснованности.

Например, в постановлении от 03.04.13 по делу № А53-21732/2012 ФАС Северо-Кавказского округа сделал вывод о нелогичности поведения хозяйствующих субъектов, которые понесли затраты на участие в аукционе, но не приняли в нем реального участия. В результате суд признал, что действия участников были направлены только на поддержание цены на торгах, ограничение состязательности в установлении конкурентной цены и создание положения, влекущего за собой недостаточную экономию бюджетных средств. Это, по мнению антимонопольных органов (и по мнению суда тоже), означало наличие между хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения.

Аналогичным образом суды согласились с доказанностью картельных соглашений на основе анализа поведения участников торгов в постановлениях ФАС Дальневосточного округа от 05.11.13 по делу № А59-5489/2012, Западно-Сибирского округа от 06.11.13 по делу № А70-139/2013, Московского округа от 22.04.13 по делу № А40-94475/12-149-866, Восточно-Сибирского округа от 25.03.14 по делу № А74-2372/2013.

Но нельзя сказать, что эта позиция является единственной. Многие суды указывают на то, что для доказывания наличия картельного сговора недостаточно наличия исключительно косвенных доказательств. Например, в одном деле суд указал, что поведение участников торгов, выражающееся в отсутствии ценовых предложений по контракту, само по себе не является безусловным доказательством наличия соглашения между хозяйствующими субъектами (постановление ФАС Центрального округа от 30.03.13 по делу № А64-4201/2012, определением ВАС РФ от 16.09.13 № ВАС-10923/13 отказано в передаче дела в Президиум).

Интересный вопрос

 **Должен ли антимонопольный орган доказывать, что компания не только заключила, но и фактически исполняла картельное соглашение?**

Нет, по мнению ВАС РФ, нет необходимости доказывать фактическое исполнение участниками картельного соглашения его условий, поскольку нарушение состоит в достижении участниками договоренности, которая приводит или может привести к последствиям, перечисленным в части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ (постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.10 № 9966/10).

«Некоторые суды не считают нужным устанавливать возможность наступления отрицательных последствий для рынка»

Оценка доказательств, собранных антимонопольным органом

Отдельным вопросом доказывания картельных соглашений является оценка судами доказательств, собранных антимонопольным органом. Например, столь популярные у антимонопольных органов заявления самих участников предполагаемого соглашения о его наличии (в порядке части 1 примечания к статье 14.32 КоАП РФ), как правило, оцениваются судами скептически и не являются достаточным доказательством наличия сговора. Такой подход обусловлен наличием заинтересованности компаний в снижении или исключении своей ответственности.

Оценка конкретных видов доказательств. Так, в постановлении от 28.01.13 по делу № А12-6375/2011 ФАС Поволжского округа указал, что само по себе заявление хозяйствующего субъекта не может служить доказательством нарушения антимонопольного законодательства без проведения анализа иных обстоятельств, без выявления факта достижения (заключения) хозяйствующими субъектами соглашения, их участия в нем и выявления потенциальной возможности наступления отрицательных последствий в связи с заключением такого соглашения, то есть причинно-следственной связи. Аналогичное мнение было высказано в постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.07.12 по делу № А65-30033/2011.

Кроме того, суды скептически оценивают объяснения заинтересованных в исходе дела лиц, например подателей жалобы в антимонопольный орган. Так, в постановлении от 23.04.14 по делу № А45-11180/2013 ФАС Западно-Сибирского округа счел недоказанным наличие в действиях обвиняемых лиц признаков сговора, так как свидетельские показания противоречили объяснениям подателей жалобы в антимонопольный орган.


Переписку между хозяйствующими субъектами, в том числе электронную, суды также не всегда принимают во внимание при решении вопроса о наличии картельного соглашения. В каждом конкретном случае суды оценивают относительность переписки к конкретным обстоятельствам дела. Доказательственная сила переписки зависит не только от степени конкретности ее содержания, но и от того, кто является отправителем и адресатом писем. Как правило, сама по себе переписка между участниками рынка не принимается в качестве достаточного доказательства существования картельного соглашения. Например, в одном споре суд пришел к выводу, что переписка велась в процессе обычной хозяйственной деятельности и сама по себе не свидетельствует об участии компаний в антиконкурентном соглашении, не доказывает фактов установления и поддержания цен, раздела товарного рынка по объему продажи и составу покупателей (постановление ФАС Поволжского округа от 28.01.13 по делу № А12-6375/2011). В другом деле суд не принял в качестве доказательства электронную переписку между сотрудником компании, которой вменялось заключение картельного соглашения, и сотрудником другой компании, не имевшей отношения к предполагаемому соглашению. Суд указал, что вторая

сторона предполагаемого соглашения не принимала участия в переписке, следовательно, такие письма не могут свидетельствовать о заключении соглашения между этими субъектами (постановление ФАС Московского округа от 15.10.12 по делу № А40-73033/11-145-623).

Формальные требования к доказательствам. В то же время не стоит рассчитывать на то, что суд исключит из числа доказательств по делу какие-либо документы, представленные антимонопольным органом, только по формальным основаниям. Так, в одном деле антимонопольный орган среди прочих доказательств представил обычные распечатки электронной переписки, а суды их не приняли, поскольку переписка велась без использования ЭЦП и между сторонами не было соглашения об обмене электронными документами, кроме того, в деле не было скриншотов. Суды сочли, что невозможно достоверно установить отправителя и дату отправки, представленные документы не являются надлежащими копиями, так как не соответствуют требованиям законодательства об обмене электронными документами (федеральным законом от 27.07.06 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и от 10.01.02 № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»). Президиум ВАС РФ эту позицию не поддержал. Он вернул дело на новое рассмотрение, указав, что, во-первых, отсутствие соглашения об обмене электронными документами между сторонами переписки, а равно отсутствие ЭЦП в отправляемых и получаемых документах (даже при наличии такого соглашения) не является нарушением требований закона при доказывании неправомерных действий, в связи с чем не влечет за собой безусловную невозможность использования соответствующих документов и материалов в качестве доказательств. Главное, чтобы при сборе этих доказательств антимонопольный орган не допустил процессуальных нарушений, а в данном случае таких нарушений не было.

Во-вторых, получение или отправка сообщения с использованием адреса электронной почты, известного как почта самого лица или служебная почта его компетентного сотрудника, свидетельствует о совершении этих действий самим лицом, пока им не доказано обратное (при установлении соблюдения порядка проведения проверки и изъятия доказательств).

В-третьих, переписка по электронной почте подлежала оценке наряду с другими, в том числе косвенными, доказательствами в их взаимосвязи и совокупности. О достоверности представленных ФАС России документов и материалов может свидетельствовать совпадение их содержания с другими подтвержденными по делу обстоятельствами (например, единообразное и синхронное ценовое поведение). Более того, даже нетождественность документов и материалов в каких-то частях при доказывании нарушений со множеством участников может не иметь существенного значения для установления сути их содержания, первоисточника может вообще не существовать в письменном или ином материальном виде (постановление Президиума ВАС РФ от 12.11.13 № 18002/12).

Иными словами, судам был задан вектор избегать формального подхода к оценке доказательств, уделяя больше внимания их сущности и содержанию. 

«Заявления самих участников предполагаемого соглашения о его наличии как правило, оцениваются судами скептически»