ЗАКУПОЧНЫЕ СОЮЗЫ: МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?

Юрий Федоров,
юрист Коммерческой группы юридической фирмы «VEGAS LEX»
e-mail: Yfedorov@vegaslex.ru

Поиск допустимых способов объединения компаний в процессе осуществления предпринимательской деятельности неизменно остается актуальным вопросом как для представителей бизнеса, так и для правоприменителя.
От решения поставленной задачи зависит не только уровень конкуренции в отдельной сфере, но и совокупный показатель общественного благосостояния. Закупочные союзы, как планируемая новелла антимонопольного права, направлены на поиск компромисса между недопустимостью сговора компаний и проявлением добросовестного взаимодействия между ними. Однако, в связи с текущим регулированием, остаются вопросы о том, как именно данный институт может быть реализован.

В настоящее время Федеральной антимонопольной службой (далее — ФАС России) ведется активная работа по подготовке законопроекта о закупочных союзах, основная цель которого состоит в разрешении компаниям при соблюдении определенных условий заключать соглашения с целью осуществления совместной закупки товаров.

Правовой институт закупочных союзов актуален для различных сфер экономики, включая строительство. Объединение с другими участниками рынка для осуществления совместной закупки может помочь оптимизировать ресурсы и обеспечить получение более выгодных предложений от поставщиков строительных материалов.

Несмотря на актуальность рассматриваемого института, в соответствии с текущими нормами Закона о защите конкуренции[1] реализация компаниями единой стратегии поведения на рынке влечет существенные риски нарушения антимонопольного законодательства, в частности, положений[2], запрещающих организациям заключать и реализовывать соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению, недопущению и устранению конкуренции на товарном рынке.

Ярким примером возможной квалификации действий закупочного союза являются картели, как наиболее опасные по достигаемым негативным последствиям объекты правового регулирования:

- за заключение картелей для компаний законодательством предусмотрена административная ответственность, выражающаяся в оборотных штрафах, и для их должностных лиц, при этом для должностных лиц также предусмотрена уголовная ответственность[3];

- картели ни при каких обстоятельствах не могут быть признаны допустимыми[4], а при их реализации у антимонопольного органа отсутствует обязанность по установлению факта достижения негативных последствий[5], так как такие последствия презюмируются.

По данным ФАС России за 2019 год[6] по ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции («картели») возбуждено 424 дела, а совокупный размер административного штрафа составил 253 029 821 рублей[7]. При этом на связанную со строительством сферу приходится 22,8% нарушений.

На основании сведений, имеющихся в отношении текущего статуса обсуждения законопроекта о закупочных союзах,[8] можно констатировать, что участниками работы по законопроекту достигнута единая позиция о необходимости внедрения института совместной закупки в антимонопольное законодательство. Таким образом, непосредственное внедрение закупочных союзов — это лишь вопрос времени.

В настоящей статье мы приводим анализ основных аспектов рассматриваемой экономико-правовой категории.

1. Что такое закупочные союзы и для чего они создаются?

Закупочные союзы впервые появились и получили широкое распространение в ряде европейских государств[9]. На начальном этапе они представляли собой союз небольших компаний, занимавшихся розничной торговлей продовольственными и непродовольственными товарами.

С течением времени практика осуществления совместной закупки не только не потеряла своей актуальности, но и позволила ранее созданным компаниям соединить вокруг себя сотни небольших розничных торговцев и перерасти в разряд крупных холдинговых структур с присущими им крупными оборотами и совокупной выручкой[10].

Основная идея закупочных союзов заключается в объединении компаний и наращивании общего уровня покупательской способности для осуществления совместной закупки определенного товара по установленным соглашением ценам.

Помимо этого, компании в рамках реализации закупочного соглашения вправе совместно отбирать производителей продукции, с которыми планируется заключить договоры, организовывать проведения совместных переговоров, заниматься решением логистических вопросов.

Совместная закупка позволяет ее участникам получать (за счет возросшего коллективного уровня экономического влияния) более низкие цены на продукцию[11] и более выгодные условия для ее приобретения, достигать снижения общих издержек при закупке продукции и повышения конкурентоспособности участников союза для поставщиков при осуществления отбора контрагентов и формирования условий заключаемого договора.

В свою очередь, положительные последствия от реализации закупочных союзов могут быть достижимы как хозяйствующими субъектами-участниками соглашения, так и иными лицами.

Ожидается, что компании-участники соглашения должны ретранслировать полученные выгоды на конечных потребителей в рамках снижения цены реализуемой продукции, расширения имеющегося ассортимента, улучшения качества самой продукции, а также сопутствующих продаже товаров сервисов[12].

Как следует из зарубежного опыта[13], закупочные союзы могут быть созданы различными способами:

- заключение рядом компаний закупочного соглашения (договора);
- создание совместно контролируемого хозяйствующего субъекта, в котором компании будут иметь одинаковые доли участия и степень влияния при принятии решений;

- присоединение компаний к уже существующим профильным организациям, ассоциациям.

От выбранной компаниями формы организации закупочного союза зависит множество последующих вопросов, связанных как с характером функционирования союза, так и с возможным подходом антимонопольного органа к анализу на предмет правомерности заключаемого соглашения и вероятности возникновения рисков нарушения антимонопольного законодательства.

Например, антимонопольное законодательства Европейского союза[14], декларируя отсутствие какой-либо конкретной формы создания закупочных союзов, во многом исходит из возникновения наименьших рисков нарушений при использовании форм, связанных с созданием совместно контролируемых хозяйствующих субъектов или присоединения к профильным организациям.

2. Имеют ли закупочные союзы аналоги в законодательстве?

Закупочные союзы зачастую отождествляются с иными правовыми институтами. Одним из таких примеров может являться институт централизованной закупки, осуществляемой в порядке, установленном Законом № 44-ФЗ.[15]

Суть приведенной правовой категории заключается в делегировании государственными заказчиками специально созданному государственному или муниципальному органу, казенному учреждению или группе таких органов и учреждений полномочий по проведению закупок и определению поставщиков (подрядчиков, исполнителей) для государственных заказчиков.

Еще одним примером может являться установленная Законом № 44-ФЗ возможность по проведению совместных конкурсов и аукционов двумя или более заказчиками, при условии закупок одних и тех же товаров, работ, услуг.[16]

Схожесть рассматриваемых институтов с закупочными союзами может заключаться в объединении потребностей или возможностей государственных заказчиков для осуществления закупки товаров, без которого осуществление такой закупки произошло бы со значительно возросшими затратами.

Тем не менее, в отличие от приведенных институтов, деятельность закупочных союзов осуществляется вне реализации закупочных процедур в понимании Закона № 44-ФЗ, а посредством иных способов заключения договоров с поставщиками продукции в процессе осуществления своей хозяйственной деятельности.

3. О чем можно говорить уже сейчас?

На сегодняшний день законопроект о закупочных союзах находится на стадии разработки. Законодателю еще предстоит определить способы внедрения правового регулирования закупочных соглашений в Закон о защите конкуренции, а также урегулировать критерии их допустимости.

Тем не менее ***существуют некоторые рекомендации, которые должны иметь в виду компании уже сейчас:***

- при заключении закупочного соглашения его участники должны обеспечить максимальный уровень публичности, согласовав как саму возможность заключения соглашения, так и его положения, с антимонопольным органом в установленном законом порядке[17];
- при согласовании с антимонопольным органом возможности заключения закупочного соглашения, а также его положений, компаниям рекомендуется обеспечить соответствие последнего установленным в статье 13 Закона о защите конкуренции требованиям;
- одним из условий признания закупочного соглашения правомерным является необходимость ретрансляции полученных участниками соглашения выгод на конечного потребителя продукции;

- компаниям при осуществлении совместной закупки не рекомендуется обмениваться информацией о ценах на товары и объемах продаж;
- компании должны исходить из воздействия закупочных соглашений как на рынке *upstream* (товарный рынок, на котором осуществляется закупка продукции у поставщика), так и на рынке *downstream* (товарный рынок, на котором происходит реализация продукции конечному потребителю)[18];
- участникам соглашения рекомендуется не совершать действия, которые могут устранить конкуренцию между ними на товарном рынке реализации продукции;
- любое закупочное соглашение имеет свои объективные пределы в части осуществления совместной закупки и иных неразрывно связанных с этой целью действий. Следовательно, участникам соглашения не рекомендуется допускать сговора по иным, не связанным с осуществлением совместной закупки направлениям деятельности; в противном случае существенно возрастают риски нарушения антимонопольного законодательства;
- в случае установления притворности заключенного компаниями закупочного соглашения, велики риски признания последнего скрытым картелем с применением к его участникам соответствующих мер воздействия.

***

Подводя итог сказанному, вне зависимости от характера функционирования закупочного союза, а также предъявляемых условий его допустимости, компании должны действовать добросовестно и не воспринимать возможность заключения закупочных соглашений в качестве основания для возникновения сговора и ограничения конкуренции на товарном рынке.

---

[1] См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции".

[2] См.: статья 11 Закона о защите конкуренции.

[3] См.: статья 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, статья 178 Уголовного кодекса Российской Федерации.

[4] См.: статьи 12,13 Закона о защите конкуренции.

[5] См.: постановление президиума ВАС РФ от 21.12.2010№9966/10 по делу №А27-12323/2009 // Вестник ВАС РФ. 2011. Апрель. №4.

[6] См.: Борьба с картелями и иными антиконкурентными соглашениями. Итоги 2019 года: интернет-сайт ФАС России. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http//fas.gov.ru/p/presentations/585 (дата обращения 12.04.2020).

[7] См.: Там же. Статистика приведена по антиконкурентным соглашениям.

[8] См.: Игорь Артемьев: мы движемся в сторону легализации закупочных союзов: интернет-сайт ФАС России. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http//fas.gov.ru/news/27954 (дата обращения 12.04.2020).

[9] См.: Создание первого закупочного союза датируется 1898 годом (компания Edeka).

[10] См.: Например, созданная в 1989 году европейская закупочная организация продуктовых магазинов EMD. Как следует из информации, размещенной на интернет-сайте компании, совокупный потребительский оборот компании составил 140 миллиардов евро. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http//www.emd-ag.com/ (дата запроса 13.04.2020).

[11] См.: принято считать, что такой цены ни одна из компаний не смогла бы получить от поставщика, если бы осуществляла закупку продукции самостоятельно.

[12] См.: Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Pettit. EU Competition law and Economics. Oxford university press, 2012, 448 p.

[13] См.: Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Pettit. EU Competition law and Economics. Oxford university press, 2012, 444 p.

[14] См.: статья 101 Договора о функционировании Европейского союза, Руководящие положения о применении статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза.

[15] См.: статья 26 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

[16] См.: статья 25 Закона № 44-ФЗ.

[17] См.: статья 35 Закона о защите конкуренции.

[18] См.: Alison Jones, Brenda Sufrin. EU Competition law, text, cases and materials. Oxford university press, 2014, 737 p.