



**ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)
РУКОВОДИТЕЛЬ**

Для неопределенного круга лиц

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

№ _____
На № _____ от _____

О разъяснении антимонопольного
законодательства (по «закупочным
союзам»)

Согласно пункту 5 части 2 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), ФАС России уполномочена давать разъяснения по вопросам применения антимонопольного законодательства.

В связи с поступающими в ФАС России вопросами о применении антимонопольного законодательства при достижении соглашений между хозяйствующими субъектами о совместных закупках ФАС России разъясняет следующее.

1. Вопрос: «О возможности создания «закупочного союза» в рамках действующего антимонопольного законодательства, в том числе путем создания нового юридического лица, которое будет способствовать оптимизации закупок для участников, самостоятельно выступающих под своими брендами на розничном рынке, а также создания «закупочного союза» путем заключения соглашения о совместной деятельности».

Антимонопольное законодательство не содержит понятия «закупочные союзы». Вместе с тем, исходя из содержания вопроса, следует, что под «закупочным союзом» понимается возможность осуществления совместных закупок несколькими хозяйствующими субъектами.

ФАС России разъясняет, что осуществление совместных закупок несколькими хозяйствующими субъектами возможно, в том числе, путем создания отдельного юридического лица или заключения соглашения, соответствующего требованиям антимонопольного законодательства.



Так, в соответствии с пунктом 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции соглашением признается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

С учетом положений пункта 18 статьи 4 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 (пункт 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», далее — постановление Пленума ВС РФ № 2).

Исходя из этого, договоренность между хозяйствующими субъектами, касающаяся совместных закупок, является соглашением.

При заключении соглашений хозяйствующим субъектам необходимо руководствоваться положениями антимонопольного законодательства, в частности, статьями 11, 12, 13 Закона о защите конкуренции, а в случае корпоративного объединения или соглашения о совместной деятельности – дополнительно статьей 27 Закона о защите конкуренции (при достижении соответствующих критериев экономической концентрации).

В силу части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть 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:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и(или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Заключение соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, которое приводит или может привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, безусловно запрещено антимонопольным законодательством. Ограничение конкуренции картелем в случаях, упомянутых в

пунктах 1 — 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, в силу закона презюмируется.

При этом само по себе взаимодействие хозяйствующих субъектов к общей выгоде, в том числе предполагающее объединение их усилий, взаимное согласование и совместное осуществление действий (бездействие) на товарном рынке (например, заключение договоров простого товарищества для ведения совместной деятельности; привлечение одним хозяйствующим субъектом другого в качестве соисполнителя (субподрядчика) по гражданско-правовому договору; участие хозяйствующих субъектов в решении общих проблем функционирования рынка в рамках деятельности профессиональных ассоциаций), антимонопольным законодательством не запрещается (пункт 20 постановления Пленума ВС РФ № 2).

Антимонопольным законодательством, по общему правилу, запрещаются ограничивающие конкуренцию «вертикальные» соглашения - соглашения между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар, целью и (или) результатом исполнения которых является ограничение конкуренции (пункт 19 статьи 4, части 2 и 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции) (пункт 26 постановления Пленума ВС РФ № 2).

В соответствии с частью 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 данного Федерального закона), если:

1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

2) такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца.

Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

Частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции установлен запрет на иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения:

1) о навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);

2) об экономически, технологически и иным образом не обоснованном установлении хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;

4) об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях.

Частью 5 статьи 11 Закона о защите конкуренции физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещается осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит к любому из последствий, которые указаны в частях 1 - 3 статьи 11 Закона о защите конкуренции, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии со статьями 12 - 13 Закона о защите конкуренции или которые не предусмотрены федеральными законами.

Договоренности между организациями-участниками отраслевого объединения, в том числе, о ценах на товары и объемах продаж, могут привести к нарушению части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Кроме того, координация отраслевым объединением действий своих участников, в случае если такая координация приведет к одному из последствий, указанных в пунктах 1 - 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, также может привести к нарушению части 5 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 1 статьи 12 Закона о защите конкуренции, допускаются «вертикальные» соглашения в письменной форме (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), если эти соглашения являются договорами коммерческой концессии.

В силу части 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции допускаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения, не превышает двадцать процентов.

Согласно части 3 статьи 12 Закона о защите конкуренции допускаются соглашения, предусмотренные частью 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, между хозяйствующими субъектами, доминирующее положение которых не может быть признано в соответствии с частями 2.1 и 2.2 статьи 5 Закона о защите конкуренции, если суммарная выручка таких хозяйствующих субъектов от реализации товаров за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей.

На основании части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) хозяйствующих субъектов, предусмотренные частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (за исключением действий (бездействия), указанных в пунктах 1 (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), 2, 3, 5, 6, 7 и 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), соглашения и согласованные действия, предусмотренные частями 2 - 4 статьи 11, статьей 11.1 Закона о защите конкуренции, сделки, иные действия, предусмотренные статьями 27 - 29 Закона о защите конкуренции, а также соглашения о совместной деятельности, заключенные

между хозяйствующими субъектами-конкурентами, могут быть признаны допустимыми, если такими действиями (бездействием), соглашениями и согласованными действиями, сделками, иными действиями не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, несоответствующие достижению целей таких действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок, иных действий, а также если их результатом является или может являться:

1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;

2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.

При этом в соответствии с частью 2 статьи 13 Закона о защите конкуренции Правительством Российской Федерации могут быть определены случаи допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами (общие исключения) в отношении соглашений, указанных только в частях 2 - 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрет на антиконкурентные соглашения не распространяется на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица.

Согласно части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, под контролем в данной статье понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

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

– осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Частью 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции установлен закрытый перечень критериев отнесения хозяйствующих субъектов к подконтрольной группе лиц, при соблюдении которых допускается заключение соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Таким образом, подконтрольной признается только группа лиц, в которой одно физическое или юридическое лицо имеет возможность определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством распоряжения более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на

голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал юридического лица и (или) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Данная позиция изложена в разъяснениях ФАС России № 16, утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 13.03.2019 № 2, и постановлении Пленума ВС РФ № 2.

Таким образом, запреты, установленные статьей 11 Закона о защите конкуренции, не распространяются на хозяйствующих субъектов, входящих в подконтрольную группу лиц в соответствии с частями 7 и 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В силу пункта 4 части 1 статьи 27 Закона о защите конкуренции с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется создание коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается акциями (долями) и (или) имуществом, которые являются основными производственными средствами и (или) нематериальными активами другой коммерческой организации (за исключением финансовой организации), в том числе на основании передаточного акта или разделительного баланса, и в отношении данных акций (долей) и (или) имущества создаваемая коммерческая организация приобретает права, предусмотренные статьей 28 Закона о защите конкуренции, и при этом суммарная стоимость активов по последнему балансу учредителей создаваемой коммерческой организации (их групп лиц) и лиц (их групп лиц), акции (доли) и (или) имущество которых вносятся в качестве вклада в уставный капитал создаваемой коммерческой организации, превышает семь миллиардов рублей, либо если суммарная выручка учредителей создаваемой коммерческой организации (их групп лиц) и лиц (их групп лиц), акции (доли) и (или) имущество которых вносятся в качестве вклада в уставный капитал создаваемой коммерческой организации, от реализации товаров за последний календарный год превышает десять миллиардов рублей.

Требования статьи 11 Закона о защите конкуренции не распространяются на соглашения также в случае, если такие соглашения являются соглашениями о совместной деятельности, заключенными с предварительного согласия антимонопольного органа, полученного в порядке, установленном главой 7 Закона о защите конкуренции (часть 10 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

На основании пункта 8 части 1 статьи 27 Закона о защите конкуренции с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется заключение между хозяйствующими субъектами-конкурентами соглашения о совместной деятельности на территории Российской Федерации, если суммарная стоимость их активов (активов их групп лиц) по последним балансам превышает семь миллиардов рублей или суммарная выручка таких хозяйствующих субъектов (их групп лиц) от реализации товаров за календарный год, предшествующий году заключения соглашения, превышает десять миллиардов рублей.

Порядок получения предварительного согласия антимонопольного органа на совершение действий, указанных в пунктах 4 и 8 части 1 статьи 27 Закона о защите конкуренции, установлен статьей 32 Закона о защите конкуренции.

В силу части 1 статьи 35 Закона о защите конкуренции хозяйствующие субъекты, имеющие намерение достичь соглашения, которое может быть признано допустимым в соответствии с Законом о защите конкуренции, вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения в письменной форме требованиям антимонопольного законодательства.

Порядок подачи и рассмотрения антимонопольным органом заявления о проверке соответствия проекта соглашения, которое может быть признано допустимым в соответствии с Законом о защите конкуренции, требованиям антимонопольного законодательства, установлен статьей 35 Закона о защите конкуренции.

Учитывая изложенное, действующее антимонопольное законодательство предусматривает возможность создания нового юридического лица, которое будет способствовать оптимизации закупок для его участников, а также возможность заключения соглашения о совместной деятельности, при условии соблюдения приведенных выше требований Закона о защите конкуренции.

2. Вопрос: «О возможности создания нового юридического лица, под брендом которого участники будут выступать на розничном рынке, сохраняя в границах рамочных общих правил коммерческую и операционную самостоятельность».

Согласно пункту 8 статьи 2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о торговле), торговая сеть определяется по одному из двух критериев в отдельности или в совокупности: принадлежность на законном основании совокупности двух и более торговых объектов хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам, входящим в одну группу лиц в соответствии с Законом о защите конкуренции, или использование совокупности двух и более торговых объектов под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

Таким образом, торговой сетью признается, в том числе, совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации, принадлежащих разным хозяйствующим субъектам.

Следовательно, 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.

Соответственно, создание нового юридического лица, под брендом которого участники будут выступать на розничном рынке, является допустимым согласно действующему законодательству.

На независимых друг от друга хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами посредством использования торговых объектов под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации, распространяются требования, установленные статьями 9, 13, 14 Закона о торговле.

3. Вопрос: «О возможности создания нового юридического лица, которое будет сочетать условия объединения юридических лиц, указанных в разделах 1 и 2 настоящих разъяснений».

Как указано в разделах 1 и 2 настоящих разъяснений, действующее антимонопольное законодательство не содержит запретов на создание нового юридического лица, которое будет способствовать оптимизации закупок для его участников, а также возможность создания нового юридического лица, под брендом которого участники будут выступать на розничном рынке при условии соблюдения указанных выше требований антимонопольного законодательства.

Запретов на нахождение в одной группе лиц хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами, и поставщиков (производителей) продовольственных товаров антимонопольное законодательство не содержит. При этом следует учитывать положения частей 2 и 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а также условия допустимости, изложенные в разделе 1 настоящих разъяснений.

М.А. Шаскольский

Место для подписи

Исп. Урюкина Е.В.
тел.8(499)755-23-23 вн.088-508