

СОГЛАШЕНИЯ, СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ: ПЛАНИРУЕМЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Ольга ЛАСТОЧКИНА

юрист,
ООО «Пепеляев Групп»

ОКОВОЩА • ПОЛІТІКА

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΡΟΛΙΤΤΙΚΑ

В рамках так называемого второго антимонопольного пакета положения статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон) претерпели значительные изменения. Прошло чуть менее года, однако указанную статью вновь планируется изменить уже поправками, вносимыми «третьим антимонопольным пакетом». Рассмотрим наиболее существенные из них, содержащиеся в проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“ и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации» (далее — Законопроект).

Так, Законопроектом предлагаются следующие изменения действующей редакции статьи 11 Закона:

- разделение запретов на соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов. При этом запреты на соглашения (исключительно между конкурентами) остаются в ч. 1 ст. 11, а запреты на согласованные действия (также исключительно между конкурентами) устанавливаются путем введения новой статьи 11.1. В отношении каждого состава уточняются безусловные запреты, то есть запреты *per se*¹;
- впервые (в современном законодательстве РФ; разумеется, при условии, что Законопроект будет принят) дается определение термину «картель»;

¹ Запреты на соглашения, согласованные действия, для признания которых противоречащими антимонопольному законодательству, а соответственно и для привлечения к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства доказывание признаков ограничения конкуренции не требуется.

- уточняется критерий отнесения действий хозяйствующих субъектов к «координации экономической деятельности»;
- положения предлагаемой Законопроектом редакции статьи 11 не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен прямой или косвенный контроль, а также если такие хозяйствующие субъекты находятся под прямым или косвенным контролем одного лица;
- уточняются определения таких понятий, как «координация экономической деятельности», «вертикальное соглашение». В частности, Законопроектом уточняется, что агентский договор не является «вертикальным» соглашением. Для реализации изменений, вносимых Законопроектом в статью 11, вводятся новые понятия «прямой контроль», «косвенный контроль», «потенциальный конкурент»;
- критерий допустимости, предусмотренный в статье 13 Закона, распространяется только на соглашения, поскольку Законопроектом не вносятся соответствующие изменения в данную статью с учетом дополнения Закона новой статьей 11.1;
- устанавливается исключение для признания антиконкурентными согласованных действий хозяйствующих субъектов, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20%.

Горизонтальные соглашения. В отношении горизонтальных соглашений в рамках Законопроекта существенно сокращается перечень запретов *per se*. Если в действующей части 1 статьи 11 содержатся девять таких запретов, то в предлагаемой Законопроектом редакции остаются лишь пять, четыре запрета (*per se*) переходят в категорию «иные соглашения», то есть соглашения, признать которые антиконкурентными возможно лишь при условии, что последние приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Меняется и содержательная сторона указанных запретов. Например, согласно пункту 4 части 1 предлагаемой Законопроектом редакции запрещаются (*per se*) соглашения, которые приводят или могут привести к сокращению или к прекращению производства товаров. Если в действующей редакции части 1 статьи 11 дается представление, о каких товарах идет речь, а именно — о товарах, на которые имеется спрос либо на поставки которых размещены заказы при наличии возможности их рентабельного производства, то предлагаемая редакция исключает такое уточнение. Соответственно буквальное толкование нормы, предлагаемое Законопроектом, позволяет сделать вывод, что любое соглашение, в результате заключения которого сокращается или прекращается производство любого товара, независимо от причин такого сокращения или прекращения, будет признано противоречащим антимонопольному законодательству, независимо от наступления негативных последствий для хозяйствующих субъектов в случае продолжения производства таких товаров. Учитывая, что соглашение может быть заключено в устной форме, для подтверждения которого, как правило, используются косвенные доказательства, реализация предлагаемой нормы на практике может привести к тому, что к ответственности будут привлекаться хозяйствующие субъекты-конкуренты, один из которых прекращает производство определенного товара, а второй в то же самое время увеличивает объемы производства взаимозаменяемого товара. Следует еще раз подчеркнуть, что антимонопольный орган не будет связан обязанностью установить причины прекращения производства товара.

Также меняется запрет (*per se*) на соглашения, которые приводят или могут привести к отказу от заключения договоров с определенными продавцами

либо покупателями (заказчиками); при этом по сравнению с действующей редакцией существенно сокращается перечень исключений из указанного запрета (пункт 5 части 1 статьи 11 предлагаемой Законопроектом редакции).

Так, предлагаемая Законопроектом редакция не содержит оснований для признания отказа обоснованным. В частности, исключается экономическое или технологическое обоснование отказа, и если в настоящее время регламентированы хотя и достаточно абстрактные, но критерии, то в соответствии с предлагаемой Законопроектом редакцией любой отказ будет рассматриваться как нарушение запрета *per se*. Кроме того, если согласно действующей редакции под запрет не подпадает отказ, прямо предусмотренный федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ и Правительства РФ, то в предлагаемой Законопроектом редакции исключением является лишь отказ, прямо предусмотренный федеральными законами, что представляется не вполне обоснованным, принимая во внимание тот факт, что именно подзаконными актами регулируется большинство вопросов, связанных с осуществлением хозяйствующими субъектами их хозяйственной деятельности.

Вертикальные соглашения. Наиболее существенным изменением, предлагаемым Законопроектом в отношении «вертикальных» соглашений, является предоставление продавцу возможности установления для покупателя максимальной цены перепродажи товара. Представляется, что при наличии максимальной цены перепродажи высока вероятность того, что именно по такой цене (или с незначительным отклонением, в зависимости от товара и условий его обращения на товарном рынке) будет реализовываться товар, учитывая экономическую выгоду хозяйствующих субъектов, осуществляющих перепродажу. При этом «максимальную цену перепродажи», по сути, можно сравнить с «рекомендованной ценой». Практика применения антимонопольным органом антимонопольного законодательства, сложившаяся в последние годы, свидетельствует о том, что установление рекомендованных цен оказывает негативное воздействие на состояние конкуренции на соответствующем товарном рынке (например, дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Данон Индустрия»², ООО «Нокиа»³). Безусловно, установление подобной нормы позволит продавцам, в частности действующим через дистрибьюторов, контролировать процесс продвижения своего товара на рынке. Однако если все покупатели (в том числе дистрибьюторы) будут перепродавать товар по максимальной (одинаковой) цене, не будут ли создаваться негативные последствия для конкуренции на товарном рынке и не станет ли это предметом пристального внимания антимонопольного органа с соответствующими последствиями для хозяйствующих субъектов?

Иные соглашения. При регламентации «иных соглашений» Законопроект использует конструкцию, которая в действующей редакции Закона использована в части 1 статьи 10 (запрет на злоупотребление доминирующим положением): «запрещаются... если приводят или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе...». В этой связи интерес вызывает планируемый принцип реализации нормы предлагаемой Законопроектом редакции на практике. Ведь если по статье 10 даны соответствующие разъяснения и в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 данной статьи, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом (пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением

² www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_28020.html.

³ www.fas.gov.ru/solutions/solutions_26801.html.

арбитражными судами антимонопольного законодательства»), то с применением предлагаемой Законопроектом редакции части 3 статьи 11 вопрос остается открытым: планирует ли антимонопольный орган реализовывать предлагаемую Законопроектом норму по аналогии со статьей 10 (соответственно при наличии компетентных разъяснений) или обязательным условием квалификации действий по предлагаемой Законопроектом редакции части 3 статьи 11 будет доказывание наличия (возможности наступления) ограничения конкуренции?

Координация экономической деятельности. Законопроект уточняет понятие и критерий отнесения действий хозяйствующих субъектов к «координации экономической деятельности», в частности уточняется, что «координатор» не только не входит в одну группу лиц с координируемыми хозяйствующими субъектами, но и не является (не может являться) их конкурентом, а сама координация «приводит» к последствиям, указанным в частях 1—3 предлагаемой Законопроектом редакции статьи 11, то есть исключается возможность наступления в будущем соответствующих последствий как квалифицирующий признак состава. При этом антимонопольным органом не рассматривается вопрос о последствиях, наступивших от согласованных действий, предусмотренных в статье 11.1 Законопроекта.

В настоящее время, согласно официальным разъяснениям ФАС России, которые были опубликованы на сайтах некоторых его территориальных органов, в качестве нарушения части 3 статьи 11 Закона (координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, действующая редакция) следует рассматривать такое согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, результатом которого является заключение между этими хозяйствующими субъектами соглашения или осуществление ими согласованных действий, которые приводят или могут привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 Закона. При этом заключение указанного соглашения или осуществление таких согласованных действий следует рассматривать в качестве нарушения части 1 статьи 11.

Несмотря на наличие соответствующих разъяснений, единообразная практика применения указанной нормы антимонопольным органом отсутствует. И, к сожалению, поскольку из предлагаемых Законопроектом изменений также не следует однозначный вывод, что результат согласования (координации) — заключение соглашения (в предлагаемой редакции) — подлежит оценке в качестве самостоятельного состава правонарушения, представляется, что невысока вероятность достижения единообразия в применении в ближайшее время.

Согласованные действия. В действующей редакции статьи 8 Закона (Законопроектом не вносятся изменения в данную статью) установлен критерий признания действий хозяйствующих субъектов согласованными, а именно совокупность условий: (1) результат таких действий соответствует интересам каждого такого хозяйствующего субъекта только при условии, что их действия заранее известны каждому из них; (2) действия каждого такого хозяйствующего субъекта вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на всех хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке.

При этом запреты на согласованные действия в предлагаемой Законопроектом редакции статьи 11.1 относятся к безусловным (*per se*). Учитывая, что перечень указанных запретов является исчерпывающим, крайне важен принцип реализации предлагаемой нормы на практике, а именно будет ли при квалификации действий хозяйствующих субъектов по части 1 статьи 11.1 в обязательном порядке применяться критерий «согласованности» (статья 8 Закона) или лишь установление факта совершения действия, прямо поименованного в части 1

статьи 11.1, будет достаточным основанием для привлечения к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

В отношении непосредственно предлагаемых запретов следует отметить, что согласно пунктам 1, 2 части 1 статьи 11.1 предлагаемой Законопроектом редакции поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок не относится к нарушению антимонопольного законодательства (неизменно к нарушению относятся установление, повышение, снижение цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок), хотя данный запрет представляется актуальным и в настоящее время.

В предлагаемой Законопроектом редакции так же, как и при регламентации запретов на антиконкурентные соглашения, исключаются критерии признания обоснованными согласованных действий, которые приводят или могут привести к отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками). В данном случае комментарии аналогичны комментариям к предлагаемой Законопроектом редакции пункта 5 части 1 статьи 11.

В части 2 статьи 11.1 предлагаемой Законопроектом редакции устанавливается исключение для признания антиконкурентными согласованных действий хозяйствующих субъектов, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20%. При этом из текста Законопроекта не следует, почему в допустимых «вертикальных» соглашениях доля каждого хозяйствующего субъекта на любом товарном рынке не должна превышать 20%, а при осуществлении согласованных действий («горизонтальных»), признаваемых соответствующими антимонопольному законодательству, — не должна превышать 20% совокупная доля. Вероятнее всего, установление именно такого порога предопределено тем, что доля в 20% (на одном товарном рынке) не предоставляет ее обладателю (обладателям) реальной рыночной власти, соответственно маловероятна и возможность оказывать негативное влияние на конкуренцию на соответствующем товарном рынке при наличии такой доли.

В таком случае установление одинакового количественного порогового значения для признания соглашений допустимыми, а согласованных действий соответствующими антимонопольному законодательству позволяет сделать вывод, что опасность негативных последствий для состояния конкуренции на товарном рынке как от антиконкурентных соглашений, так и антиконкурентных согласованных действий принципиально не может быть разграничена, следовательно, и при наличии высокой степени общественной опасности как антиконкурентные соглашения, так и антиконкурентные согласованные действия могут быть рассмотрены не как малозначительные правонарушения, а как преступления. Однако данный вывод не подтверждается предлагаемой редакцией статьи 178 Уголовного кодекса Российской Федерации, поскольку из состава статьи предлагается вывести «согласованные действия».

Анализ предлагаемых изменений в отношении антиконкурентных соглашений и антиконкурентных согласованных действий интересен прежде всего с точки зрения реализации таких изменений. В настоящее время практика применения некоторых норм действующей редакции статьи 11 Закона не отличается единообразием. А принимая во внимание тот факт, что Законопроект также предусматривает новое полномочие антимонопольного органа направлять, в частности хозяйствующим субъектам, предостережения с целью предупреждения нарушения антимонопольного законодательства по основаниям, дублирующим основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства (наличие признаков нарушения), открытым остается вопрос о реальной возможности единообразного применения достаточно «широких» формулировок предлагаемых Законопроектом изменений.