

Е.Ю. Борзило

СОГЛАШЕНИЕ И СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ В ЗАРУБЕЖНОМ АНТИМОНОПОЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Аннотация. Статья посвящена вопросам квалификации и разграничения антиконкурентных соглашений и согласованных действий в зарубежном антимонопольном законодательстве. Автор анализирует каждый из институтов, рассматривает их эволюцию, и выделяет специфические характеристики каждого из институтов. В статье также определяется порядок применения запретов антиконкурентных согласованных действий и соглашений уполномоченными органами.

Ключевые слова: конкуренция, хозяйствующий субъект, рынок, товар, ограничение конкуренции, ущерб, соглашение, договор, согласованные действия, параллельные действия.

Антиконкурентные соглашения и согласованные действия — один из самых распространенных видов нарушений законодательства о конкуренции. Существует большое количество и юридической литературы и практики, касающейся разграничения антиконкурентного соглашения/согласованного действия и легального. В этой статье рассмотрим современные подходы к квалификации антимонопольными органами соглашений и согласованных действий в европейском и американском законодательстве.

Изучение вопроса необходимо начинать с анализа самих запретов антиконкурентных соглашений/согласованных действий.

Так, например, согласно ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза (TFEU)¹, запрещены как несовместимые с общим рынком любые соглашения между предприятиями, решения, принятые объединениями предприятий и согласованные действия, которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами и которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции в рамках общего рынка.

В частности, запрещается:

1. фиксация цен и других условий торговли;
2. ограничение или контроль производства, рынков, технического развития или капиталовложений;
3. распределение рынков и источников снабжения

4. применение неравных условий к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, что ставит их в невыгодные условия конкуренции;
5. обуславливание заключения договоров с контрагентами принятием ими на себя дополнительных обязательств, которые по своему характеру или в соответствии с торговой практикой не относятся к предмету договора.

Такие соглашения признаются ничтожными. Схожий подход можно наблюдать в английском законодательстве. Согласно ст. 2 английского Закона о конкуренции (в ред. 2010 г.)² запрещены соглашения между предприятиями, которые могут повлиять на торговлю в Великобритании или результатом которых является ограничение конкуренции на территории Великобритании. В частности, запрещены:

- a) прямое или косвенное фиксирование цен или условий торговли;
 - b) ограничение или контроль над объемом производства, рынком, техническим прогрессом или инвестициями;
 - c) раздел рынка или источников ресурсов;
 - d) применение неравных условий к схожим сделкам с третьими лицами, если это ставит их в невыгодное положение;
 - e) навязывание дополнительных товаров, не имеющих отношения к предмету договора.
- Соглашения, содержащие подобные условия, ничтожны.

Хотелось бы обратить внимание, европейское законодательство в большинстве случаев не разграничи-

¹ Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union, 9.5.2008 OJ C 115/49.

² Competition Act 1998 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/section/2>

вают соглашения между конкурентами и соглашения между неконкурентами — запреты едины для всех, а применимость его к отдельному типу соглашения определяется судебной практикой.

В соответствии со ст. 11 Федеральном законе от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (далее — Закон о защите конкуренции) признаются *картелями* и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу 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).

Таким образом, ключевым элементом запрета является сам факт соглашения, запрет является следствием их результата.

Рассмотрим, что понимается под соглашением. Понятие «соглашение» в антимонопольном законодательстве чрезвычайно широко и оно значительно отличается от понятия «договор». В европейской антимонопольной традиции соглашение не обязательно должно представлять собой единый документ, это может быть всего лишь договоренность, достигнутая между компаниями. Главные условия для квалификации соглашения — наличие согласования воли. Соглашением может считаться внутренняя переписка, факсовое сообщение, сообщение по электронной почте, смс сообщение⁴. О наличии соглашения, например в понимании французского законодательства, свидетельствуют конклюдентные действия, в частности, оплата по счетам⁵. Французские авторы с учетом правоприменительной практики относят также одно-

сторонние действия к соглашению. Например, указания поставщика своему дистрибьютору, несмотря на то, что носят односторонний характер, по мнению французских авторов, основаны на договоре, а значит, являются его неотъемлемой частью⁶. Ту же логику применил суд ЕС, установив что отказ производителя от поставки определенным дилерам, не поддерживающим цены перепродажи, также составляет соглашение. В то время как истец указывал на односторонность таких действий, суд ЕС указал, что:

«... такое поведение составляет часть договорных отношений. Допуск любого дилера к сотрудничеству с поставщиком основан на том, что дилер принимает политику поставщика, которая, в частности, предусматривает разрыв отношений с дилером, удовлетворяющим требованиям к сотрудничеству, но не желающим их придерживаться»⁷.

В качестве соглашения также может выступать простое действие: так, например, уступка товарного знака была квалифицирована как соглашение⁸, аналогичный подход существует в Великобритании⁹. Кроме того, английский подход допускает, что сторона может неполностью выполнить соглашение или принимать в нем участие, находясь под давлением, что однако, не будет означать, отсутствие соглашения. Эти обстоятельства будут иметь значение только для исчисления размера штрафа¹⁰. Аналогично, разнообразные «джентльменские соглашения», соглашения между профессиональными ассоциациями, а также безвозмездные соглашения попадают в сферу антимонопольного регулирования. Несколько взаимосвязанных соглашений также могут формировать единое соглашение в понимании ст. 101 TFEU, если они имеют единую цель¹¹. Неоднозначно отношение к учредительным документам — в некоторых случаях суды признают их соглашениями в антимонопольном смысле, а в некоторых — решениями¹². Наименование соглашения значения не имеет.

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434; 2007. № 49. Ст. 6079; 2008. № 18. Ст. 1941. № 27. Ст. 3126. № 45. Ст. 5141; 2009. № 29. Ст. 3601. Ст. 3610. Ст. 3618. № 52 (ч. I). Ст. 6450. Ст. 6455; 2010. № 15. Ст. 1736. № 19. Ст. 2291. № 49. Ст. 6409; 2011. № 10. Ст. 1281. № 27. Ст. 3873. Ст. 3880. № 29. Ст. 4291. № 30 (ч. I). Ст. 4590. № 48. Ст. 6728. № 50. Ст. 7343.

⁴ См., напр.: National Panasonic (UK) Ltd [1983], 1 CMLR 497 — Соглашение состояло из внутренней переписки и сообщения по телексу.

⁵ M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence, L.G.D.J. 2002, p. 161.

⁶ Y. Auguet, Droit de la concurrence, Ellises, P., 2002, P. 122-128.

⁷ M. Mendelson, St. Rose, Guide to the EC Block Exemption for vertical agreements, international competition law series, v4, Kluwer Law Int. 2002, P. 14.

⁸ Ideal Standard [1994] ECR I-27893 CMLR 857.

⁹ Ravenseft v Director general of Fair Trading [1977], 1 All ER 47 (QBD).

¹⁰ OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty (OFT423)).

¹¹ См.: Polypropylene Cartel [1988] 7 CMLR 347.

¹² Соглашение — SOCEMAS [1986] CMLR D28, решение — ASPA [1970] CMLR D25.

Характерно, что в американском антитрестовском законодательстве ситуация обстоит несколько иначе. Статья 1 Закона Шермана запрещает «любой договор, объединение (combination) в форме треста или в иной форме или сговор, ограничивающий конкуренцию...». Таким образом, американское законодательство изначально избегает дискуссий о том, был ли договор или нет. При этом суд при рассмотрении дела все равно должен установить, имело ли место любое из вышеперечисленных.

Аналогично, как следствие, для США не актуален вопрос определения согласованных действий, как он был до недавнего времени актуален в Европе или в России, где он и сегодня является ключевым для оценки законности поведения на рынке конкурирующих хозяйствующих субъектов и был преобладающим последние 4 года. Отметим, что именно согласованные действия, а не картель/сговор до совсем недавнего времени были наиболее часто идентифицируемым российскими антимонопольными органами нарушением.

По-иному обстояла ситуация в ЕС, где в развитии института согласованных действий можно выделить 2 этапа: до 1988 г. и после него¹³. Однако с точки зрения автора процесс детализации данного института следует рассматривать как единый и непрерывный, поскольку все дела, сформировавшие институт согласованных действий, а также анализ, проведенный в рамках этих дел, следовал единой логике. Принципиально важными для становления института согласованных действий на первом этапе стали 3 дела: Imperial Chemical Industries¹⁴, European Sugar (несколько дел обычно рассматриваемые в совокупности по причине общности сторон и предмета)¹⁵, Vegetable Parchment¹⁶. В деле Imperial Chemical рассматривался вопрос о повышении цен производителями красителей, который сами производители объясняли всего лишь следованием за лидером рынка. Однако Европейский Суд не согласился с таким обоснованием, поскольку рынок не был олигополистическим, да и одновременное повышение цен на нескольких национальных рынках маловероятно. Суд пояснил, что согласованные действия происходят не из соглашения между сторонами, а из намеренного

сотрудничества между конкурентами, внешним проявлением которого являются параллельные действия конкурентов на рынке, ограничивающее конкуренцию. Тем самым суд установил 3 элемента согласованных действий:

- параллельные действия;
- ограничение конкуренции, видимое состояние рынка;
- намеренное сотрудничество.

Характерно, что суд делал вывод о том, что третий элемент является следствием первых двух. В развитие данного направления мысли в 1975 г. в рамках Sugar Case Европейский суд сделал ряд пояснений в отношении квалификации согласованных действий. Суд установил, что хозяйствующие субъекты должны определять свои стратегии на рынке независимо, а не по результатам контактов с конкурентами. Таким образом, Европейский суд фактически приравнял контакты между конкурентами к признаку антиконкурентного поведения. Следуя этому критерию, Комиссия ЕС в 1977 г. признала согласованными действиями практику установления цен производителями оберточной бумаги. Эти производители состояли в единой ассоциации и проводили ежегодные встречи для определения потенциальных цен на продукцию в следующем году. Затем наиболее крупное предприятие направляло информацию о повышении цены в ассоциацию, а остальные уже решали, следовать ли за ценовым лидером. Как правило, решение принималось в пользу следования. Рассматривая дело, Комиссия ЕС указала, что участники не могли не осознавать, что их поведение является антиконкурентным. Вопросы состояния рынка, причин повышения цен каждым из производителей Комиссией ЕС во внимание не были приняты. Следовательно, ЕС пошел по пути, по которому сейчас идет российское правоприменение — общение между конкурентами само по себе является подозрительным, поэтому любые схожие действия участников рынка, если они контактируют между собой, должны квалифицироваться как антиконкурентные согласованные действия. Однако в 1988 г. произошли изменения, связаны они с двумя делами: Polyvinyl Chloride Cartel (PVC)¹⁷ и Low Density Polyethylene Cartel (LdPE)¹⁸. Фабулы обоих дел идентичны. Несколько производителей полимеров были оштрафованы за нарушение антимонопольного законодательства. Производители регулярно встречались, чтобы скоординировать свои ценовые политики и обеспечить реализацию общей стратегии. Один из производителей — Imperial Chemical Industries (ICI)

¹³ M. Ris, The EC rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine, 13B.C. International and Comparative Law Review 465 (1990); N. Green and A. Robertson, Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in EC and UK, Kluwer Law, 1997.

¹⁴ Imperial Chemical Industries Ltd v Commission 1972, Ct.J. Rep.619.

¹⁵ Cases 40-48,50,54-56,111,113,114/73 European Sugar Cartel [1976] 1 CMLR 295; [1975] ECR 1663.

¹⁶ Decision 78/252 21 O.J. EC (#70) 54, 1977.

¹⁷ Decision 89/190, 32 O.J. EC (#L 74) 1 (1989).

¹⁸ Decision 89/191, 32 O.J. EC (#L 74) 21 (1989).

подтвердил существования сговора и его условия, в помещениях некоторых производителей были обнаружены внутренние документы. Однако, как только Комиссия попыталась получить более детальную информацию, необходимые документы оказались недоступны: участники либо ссылались на их уничтожение либо на отсутствие в принципе. Тем не менее, материала для обвинения в антиконкурентном соглашении оказалось достаточно. За исключением обвинения одной из компаний — Shell Chemical International Co. Shell приняла участие только в двух встречах, в переписке не участвовала, а также не участвовала в применяемой остальными участниками картеля компенсационной схеме. Однако контакты Shell с другими производителями позволили ей изменить свою политику таким образом, чтобы получить максимум преимуществ, что Комиссия расценила как согласованность действий. Таким образом, квалификация основывалась на логике событий, на участии хозяйствующего субъекта в одном из видов деятельности картеля, в отсутствии прямых доказательств участия компании в соглашении. Существенны только те сопутствующие рыночной ситуации факторы, которые могут указывать на наличие согласованных действий.

Что же еще является маркерами согласованных действий в ЕС:

- односторонние объявления компаний о своей будущей политике, особенно если они распространяются через медиа. Хотя значимость этого сообщения в контексте последующих действий участников рынка должна устанавливаться с учетом всех фактических обстоятельств. Например, в деле Wood Pulp¹⁹ суд пришел к выводу о том, что раннее оповещение клиентов о росте цен является обычной деловой практикой, а последовавший за объявлением цен рост цен может быть объяснен экономическими причинами, а не согласованными действиями.
- достаточный промежуток времени между заявлением компании и следованием за ней остальных конкурентов. Это время необходимо для адаптации. Если времени прошло мало, значит поведение может быть результатом иных факторов, а не частью согласованных действий;
- необычное и не соответствующее общепринятым рыночным стандартам поведение. Если, например, нарушена сезонность динамики цен или участники рынка неожиданно изменяют географию продаж.

¹⁹ Ahlstrom Oy v Commission [1993] ECR-I-1307[1993] 4 CMLR 407.

Концепция была бы очень опасной и непрозрачной для применения, если бы в ЕС не было выработано понимание, как разделить просто параллельные действия и действительно антиконкурентные согласованные действия. Сами по себе параллельные действия еще не означают антиконкурентного поведения, они не могут быть квалифицированы как антиконкурентные согласованные²⁰. Для олигополистических рынков, где действует незначительное число хозяйствующих субъектов, нормальным явлением можно считать «следование за ценовым лидером», взаимный мониторинг и информационную прозрачность, которая в России считается одной из предпосылок согласованных действий. Национальные правоприменительные органы в выявлении антиконкурентных согласованных действий следуют по пути ЕС.

Тем не менее, необходимо отметить, что предлагаемая в ЕС совокупность критериев для анализа свидетельствует все же о наличии соглашения, а не аморфного понятия «согласованные действия». И фактор известности и фактор последующего необычного поведения и временной фактор свидетельствуют о наличии у сторон потенциальных «согласованных действий» волеизъявления, направленного на получение конкурентного преимущества. Все вышеперечисленное составляет это признаки соглашения, причем соглашения, наличие которого можно установить из объективных характеристик поведения хозяйствующих субъектов. Более того, сегодня правоприменительные органы ЕС во многих случаях намеренно не разделяют соглашения и согласованные действия. Обусловлено это следующим. Спецификой антимонопольных нарушений является то, что обычно участников этих нарушений много и длятся они не один год. Эти обстоятельства не позволяют европейским правоприменительным органам установить, какое именно нарушение — антиконкурентное соглашение или согласованное — действие имело место в каждый конкретный момент. Если Комиссия ЕС пойдет путем разграничения запретов, то ее решение может быть легко оспорено по формальному основанию неверной квалификации. Как следствие, эффективность ее действий будет снижена, нарушитель уйдет от наказания, пострадавшее лицо, при наличии такового, лишится возможности взыскания убытков, а нарушитель не преминет совершить аналогичное нарушение еще неоднократно. Поэтому, опираясь не только на теоретический аспект, но и на практическое соображение целесообразности и эффективности мер воздействия, правоприменительные органы ЕС, предпочитают больше не разделять соглашения и согласо-

²⁰ Case 49/69 [1972] BASF ECR 713; Case 51/69 Bayer [1972]; Case 56/69 Hoechst [1972] ECR 927; case 57/69 ACNA [1972] ECR 933.

ванные действия при квалификации антимонопольного нарушения. Ведь в том случае, если они препятствуют конкуренции, они оба запрещены ст. 101 TFEU. Представляется, что названный подход является оптималь-

ным не только с практической, но и с теоретической точки зрения, учитывая практически полное сходство соглашений и согласованных действий как предмета антимонопольного регулирования.

Библиографический список:

1. Y. Auguet, *Droit de la concurrence*, Ellises, P., 2002.
2. I. Van Bael and J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Fifth Edition, 5th Kluwer Law International 2010.
3. N. Green and A. Robertson, *Commercial Agreements and Competition Law*, Practice and Procedure in EC and UK, Kluwer Law, 1997.
4. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence*, L.G.D.J. 2002
5. M. Mendelson, St. Rose, *Guide to the EC Block Exemption for vertical agreements*, international competition law series, v4, Kluwer Law Int.2002
6. M. Ris, *The EC rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine*, 13B.C. International and Comparative Law Review 465 (1990).