

# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

УДК 346.546

**Е.Ю. Борзило**

## **АНТИКОНКУРЕНТНАЯ КООРДИНАЦИЯ: ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ И ПРИМЕНЕНИЯ ЗАПРЕТА**

*Рассматриваются вопросы квалификации и применения запрета антиконкурентной координации, существующего в российском антимонопольном законодательстве. Анализируются возможные механизмы координации, ее элементы и соотношение с другими запретами антимонопольного законодательства.*

**Ключевые слова:** антимонопольное законодательство; конкуренция; хозяйствующий субъект; координация; картель; экономическая зависимость; свободное волеизъявление.

*We look at issues related to qualification and application of banning anti-competitive coordination which is a part of Russian anti-monopoly law. We analyze possible mechanisms of coordination, its elements and correlation with other bans of the anti-monopoly law.*

**Keywords:** anti-monopoly law; competition; economic entity; coordination; cartel; economic dependence; mutual consent, free will.

Статья 11 Федерального закона РФ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) [1] запрещает физическим лицам, коммерческим и некоммерческим организациям осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит 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).
- 6) к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

7) установлению обязательства покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца;

8) манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) [1].

Незаконная координация в том виде, в котором она запрещена в России, абсолютных аналогов в западноевропейских юрисдикциях не имеет. Подобное поведение будет рассматриваться как согласованные действия, либо как злоупотребление доминирующим положением при наличии у координатора достаточной доли на рынке, либо как злоупотребление экономической зависимостью контрагента, если эта зависимость будет доказана. Тем любопытнее запрет координации в российском правовом порядке.

За время своего существования норма о координации эволюционировала. Так, до «третьего антимонопольного пакета» действовало следующее определение координации: «координация экономической деятельности – согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с од-

ним из таких хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка» [1]. Сегодня, как следует из ст. 4 Закона о защите конкуренции координация экономической деятельности – это согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов [1]. Согласно Закону о защите конкуренции не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных» соглашений [1].

Таким образом, изменение в определении сразу указывает на наиболее острый вопрос в правоприменении запрета о координации, а именно: как отграничить практику, разрешенную в рамках «вертикального» соглашения, от незаконной координации? Для того чтобы ответить на этот вопрос, необходимо разобраться в механизмах координации.

В первую очередь, из самого определения следует, что координируемых должно быть больше одного. В противном случае такое «согласование» должно быть квалифицировано как «вертикальное» соглашение. Затем координируемый и координирующий не должны быть членами одной группы лиц, поскольку принадлежность к группе лиц исключает необходимость какого-либо согласования. Координатор должен обладать рычагами воздействия на координируемых для того, чтобы формировать их поведение. Координируемый должен быть экономически зависим от координатора и тем самым предоставлять координатору возможность управлять своим поведением на рынке. Должны ли результаты незаконной координации быть выгодны координируемому или только координатору? Представляется, что как минимум результаты коорди-

нации должны быть нейтральны для координируемых. Сложно себе представить несколько хозяйствующих субъектов, на протяжении длительного времени выполняющих финансово невыгодные для себя условия. Невыгодность сделает координацию невозможной. В чем может проявляться экономическая зависимость? Ответ на этот вопрос позволяет установить «личность» координатора и механизм координации.

Итак, механизмы зависимости:

1) *Необходимость членства в некоммерческой организации для осуществления предпринимательской деятельности.* Такая необходимость может быть вызвана требованиями законодательства (например, СРО оценщиков, арбитражных управляющих и т.п.) либо характеристиками бизнеса. В качестве примера можно привести следующее дело.

В ФАС России поступили жалобы на действия НП «Совет рынка» в части установления необоснованного членского взноса в размере 5 000 000 руб.<sup>1</sup> В соответствии со ст. 33 Федерального закона РФ от 26.03.2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее – Закон об электроэнергетике) [2], в редакции, действовавшей на момент рассмотрения дела, советом рынка является некоммерческая организация, образованная в форме некоммерческого партнерства и объединяющая на основе членства субъектов электроэнергетики и крупных потребителей электрической и тепловой энергии. Согласно п. 1 ст. 35 Закона об электроэнергетике, порядок получения юридическим лицом статуса субъекта оптового рынка, участника обращения электрической энергии (мощности) на оптовом рынке представляет собой совершение им всех установленных процедур, необходимых для начала работы на оптовом рынке, в том числе вступление в члены совета рынка [2]. В силу ч.10 ст.33 Закона об электроэнергетике,

<sup>1</sup>Решение и предписание ФАС России по делу №1 10/108-08 в отношении НП «Совет рынка» и ОАО «АТС» от 25.03.2009 г. // Федеральная антимонопольная служба РФ: [сайт]. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_23625.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_23625.html) (дата обращения: 16.09.2013)

для субъектов оптового рынка – участников обращения электрической энергии и организаций коммерческой и технологической инфраструктуры устанавливается обязательное членство в НП «Совет рынка». Таким образом, для заявителя осуществление предпринимательской деятельности в отсутствие членства в некоммерческой организации было невозможно. Однако сумму взноса заявитель считал чрезмерной.

Решением ФАС России НП «Совет рынка» признано нарушившим ч. 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов, приводящей к созданию препятствий доступу на оптовый рынок электроэнергии и мощности, а также установлению условий членства в НП «Совет рынка» в виде вступительного членского взноса в размере 5 000 000 руб. Перечисленные действия и последствия были признаны потенциально ограничивающими конкуренцию. Непосредственно размер членского взноса был признан необоснованным барьером для входа на рынок. Монетарные санкции и потенциальная угроза исключения из некоммерческой организации как следствие невыполнения ее условий являются серьезным мотивом соблюдать указания координатора<sup>2</sup>.

2) *Договорные отношения.* Примером могут служить следующие дела.

Красноярским УФАС России была проведена проверка филиала ОАО «Инмарко» в г. Красноярск. При проверке установлены факты заключения типовых субдистрибьюторских и дистрибьюторских соглашений между ОАО «Инмарко» и контрагентами с условиями, содержащими признаки нарушения ст. 11 Закона о защите конкуренции, в том числе: пунктом 1.4 соглашения определена территория, на которой контрагент будет осуществлять свою деятельность; пунктом 3.2 части 3 контрагенту рекомендовано в розничной торговле устанавливать цены согласно приложению к соглашению; пунктом 9.1 части 9 определена эксклюзив-

ность продажи мороженого – из одного морозильного прилавка осуществляется реализация мороженого только под торговой маркой «Инмарко».

В ходе рассмотрения дела Красноярским УФАС России сделан вывод об отсутствии в действиях контрагентов ОАО «Инмарко» признаков нарушения статьи 11 Закона о защите конкуренции. Определением от 09.11.2009 г. по делу № 247-11-09 участие контрагентов в качестве ответчиков по указанному делу прекращено, поскольку установлено, что их действия не могут быть квалифицированы как нарушение части 1.2 статьи 11 Закона. Решением Красноярского УФАС России ООО «Инмарко» признано нарушившим требования ч. 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции в части совершения действий, выразившихся во включении в субдистрибьюторские и дистрибьюторские соглашения условий, координирующих хозяйственную деятельность контрагентов компании, которые приводят к разделу рынка по территориальному признаку, составу продавцов и покупателей, установлению и поддержанию цен, ограничению конкуренции.

Арбитражный суд с антимонопольным органом не согласился и принятые им акты отменил. При этом основанием для отмены послужил не способ реализации механизма координации – через дистрибьюторские и субдистрибьюторские договоры, а недоказанность антиконкурентных последствий<sup>3</sup>.

Характерно, что на момент рассмотрения дела УФАС и судом в Закон о защите конкуренции были введены специальные запреты *per se* для «вертикальных» соглашений. Как следствие, ранее однозначно запрещенное для таких соглашений условие о территории деятельности дилера перестало быть бесспорно антиконкурентным, а значит, его можно указывать в соглашениях, и уже антимонопольный орган должен был доказать его антиконкурентность. Поэтому антимоно-

<sup>2</sup> См., например, постановление ФАС ЗСО от 28.08.2012 г. по делу № А27-12329/2009.

<sup>3</sup> Решение Красноярского УФАС России от 23.12.2009 г. № 247-11-07, постановление ФАС ВСО от 16 декабря 2010 г. № А33-1952/2010.

польный орган использовал «обходной» путь – если соглашение разрешено, то несколько соглашений можно квалифицировать как координацию, а эффектом нескольких соглашений станет раздел территории, т.е. однозначно негативное последствие координации. Судами вопрос о том, может ли указание в «вертикальных» формально не запрещенных условий привести к квалификации совокупности этих соглашений как незаконной координации, разрешен не был.

Во многом с «третьим антимонопольным пакетом» специально были разграничены координация и «вертикальные» соглашения. В теории это значило бы, что такие положения, как раздел территории, будучи при соблюдении ряда условий безвредными на уровне соглашения, не могут по совокупности соглашений привести к координации. Однако теория в практику не перешла. Примером этого является дело в отношении ЗАО «Торговый дом «БелАЗ» (далее – ЗАО «ТД «БелАЗ») и ОАО «Белорусский автомобильный завод» (далее – ОАО «БелАЗ») об отказе указанных хозяйствующих субъектов поставлять карьерные самосвалы производства ОАО «БелАЗ» в адрес ЗАО «Компания Белазкомплект Плюс». ФАС России пришел к выводу, что договор между ЗАО «ТД «БелАЗ» и ЗАО «Компания БелАЗ-комплект плюс» содержит условия, ограничивающие деятельность последнего за пределами определенной в договоре территории, а также положения, которые могут ограничивать свободное ценообразование на продукцию. По итогам рассмотрения дела антимонопольный орган пришел к выводу о том, что действия ОАО «БелАЗ» содержат признаки нарушения ч. 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции в части осуществления координации деятельности независимых хозяйствующих субъектов, которая приводит или может привести к разделу товарного рынка по территориальному принципу, а также по

составу продавцов и покупателей.

Это дело иллюстрирует следующее. Несмотря на четкое указание закона, сам антимонопольный орган продолжает рассматривать «вертикальное» соглашение как инструмент координации. И даже те положения, которые однозначно не запрещены для «вертикальных» соглашений, при агрегировании нескольких соглашений дают возможность правоприменительным органам квалифицировать незаконную координацию. Представляется, что на сегодняшний день проблема не в законе, а в том, как его применяют.

### ЛИТЕРАТУРА

1. Федеральный закон Российской Федерации от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // 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.

2. Федеральный закон Российской Федерации от 26.03.2003 г. № 35-ФЗ (ред. от 05.04.2013 г.) «Об электроэнергетике» // СЗ РФ. 2003. 31 марта. № 13. Ст. 1177; СЗ РФ. 2013. 8 апреля. № 14. Ст. 1643.

3. Конкурентное право России / под общ. ред. И.Ю. Артемьева. М.: Изд. дом ВШЭ, 2012. 391 с.

4. *Парацук С.А.* Конкурентное право: правовое регулирование конкуренции и монополии / МГУ им. Ломоносова. Городец, 2002. 413 с.

5. *Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г.* Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации. М.: Статут, 2010. 414 с.

6. *Хольцер Х.* Антимонопольная политика и законодательство России. М., 2003. 634 с.