

УДК 347.4

ББК 67.400.621.5

**Понятия «соглашения», «согласованные действия»
и «параллельное поведение» в доктрине
и законодательстве России**

И.В. Кирюшина

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

**The Notions of "Agreements", "Concerted Actions"
and "Parallel Behavior" in the Doctrine and Legislation of Russia**

I.V. Kiryushina

Altai State University (Barnaul, Russia)

Рассматриваются вопросы соотношения понятий «соглашения», «согласованные действия» и «параллельное поведение», их квалификация по российскому антимонопольному законодательству. Выделены критерии, на основе которых противоправное поведение участников рынка следует отграничивать от их законного поведения: единообразность и синхронность поведения хозяйствующих субъектов, являющихся конкурентами, при отсутствии на то объективных причин; извлечение ими дополнительных преимуществ от антиконкурентного поведения; потенциальное или реальное ограничение конкуренции и негативное влияние на конкурентную среду; взаимобусловленность действий хозяйствующих субъектов. Анализируются признаки согласованных действий и соглашений, закрепленные действующим антимонопольным законодательством, вопросы квалификации действий хозяйствующих субъектов, выразившихся в относительно единообразном и синхронном поведении при отсутствии на то объективных причин в отсутствие как признака публичности, характерного для согласованных действий, так и наличия формального соглашения, необходимого для квалификации действий как устного соглашения.

Ключевые слова: антиконкурентные соглашения, согласованные действия, параллельное поведение, антимонопольное законодательство, картель.

DOI 10.14258/izvasu(2018)6-29

«Третьим антимонопольным пакетом» были внесены изменения в нормы Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» [1] (далее — ФЗ «О защите конкуренции»), предусматривающие ответственность за антиконкурентные соглашения

The article discusses the relation between the notions of “agreements”, “concerted actions” and “parallel behavior”, and their qualifications in accordance with the Russian antitrust laws. Criteria have been singled out on the basis of which the illegal behavior of market participants should be separated from legitimate behavior: uniformity and synchronism of behavior of economic entities that are competitors, in the absence of objective reasons; the extraction of additional benefits from anticompetitive behavior; potential or actual restriction of competition and negative impact on the competitive environment; interdependence of actions of economic entities. The author analyzes the signs of concerted actions and agreements fixed by the current antimonopoly legislation, questions of the qualification of actions of economic entities, expressed in relatively uniform and synchronous behavior in the absence of objective reasons, in the absence of a sign of publicity, characteristic for concerted actions, and the existence of a formal agreement necessary for qualifying as an oral agreement.

Key words: anticompetitive agreements, concerted actions, parallel behavior, antimonopoly legislation, cartel.

и согласованные действия хозяйствующих субъектов, в частности было уточнено понятие согласованных действий и предусмотрено регулирование последствий их совершения специальной нормой (ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции») [2].

Законодатель запретил как картели — явный сговор, так и согласованные действия — сговор молчаливый, а также действия по соглашению, которые рассматриваются как запрещенные соглашения, в случае если они приводят к последствиям, указанным в ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции». В этой связи следует различать три категории: «соглашения», «согласованные действия», «действия по соглашению», а также ограничивать их от категории «параллельное поведение». Если первые три противоправны, то последнее представляет собой законное поведение хозяйствующих субъектов.

Проблема разграничения данных категорий имеет два аспекта. Первый связан с необходимостью ограничения противоправного поведения хозяйствующих субъектов от их законного поведения, второй — с правильной квалификацией такого противоправного поведения либо как антиконкурентного соглашения, либо как запрещенных законом согласованных действий.

Признаки незаконного «параллельного поведения» («молчаливый сговор») были выработаны судебной практикой. Согласно позиции Высшего арбитражного суда РФ (далее — ВАС РФ), изложенной в п. 2 постановления от 30 июня 2008 г. № 30, при анализе вопроса, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными, следует учитывать следующее: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий в числе прочих обстоятельств может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Подтверждать отсутствие со стороны конкретного хозяйствующего субъекта нарушения в виде согласованных действий могут в том числе доказательства наличия объективных причин собственного поведения этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц [3, п. 2].

В постановлении Президиума ВАС РФ от 21 апреля 2009 г. была изложена позиция, согласно которой «нормы комментируемого Закона не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат: посредством определения соответствующего то-

варного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов, чьи действия подпадают под критерии комментируемой статьи и влекут последствия, указанные в ст. 11 комментируемого Закона».

Заблаговременная известность продавцам действий других продавцов может быть установлена на основе экономического анализа результатов их решений. Для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом. При этом известность субъектам о согласованных действиях друг друга могла быть установлена исходя из «общего положения дел на товарном рынке», например групповой модели поведения [4].

По мнению ВАС РФ, «согласованные действия, не имеющие какого-либо оформления в виде соглашений или достижения каких-либо иных формальных договоренностей, предполагают скоординированные и направленные действия хозяйствующих субъектов, сознательно ставящих свое поведение в зависимость от поведения других участников рынка... Согласованные действия являются моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повторяющихся (аналогичных) действий, которые не обусловлены внешними условиями функционирования соответствующего товарного рынка, и замещающей конкурентные отношения между ними сознательной кооперацией, нанося ущерб потребителям» [5].

Таким образом, законное параллельное поведение отличается от незаконного наличием объективных экономических факторов, обусловивших схожие действия участников одного товарного рынка — конкурентов. Именно это, на наш взгляд, и подлежит доказыванию антимонопольным органом при определении признаков нарушения ст. 11 и ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции». Действия, не ограничивающие конкуренцию и представляющие собой экономически обусловленное параллельное поведение субъектов, конкурирующих в пределах одного товарного рынка, следует квалифицировать как юридически дозволенные.

Вместе с тем следует учитывать, что по российскому законодательству параллельное поведение не может рассматриваться как достаточное доказательство согласованных действий, если только соглашение не является единственным мотивом, способным объяснить параллелизм. Так, по мнению Т. Арментано, «совпадение цен может означать наличие интенсивной конкуренции и эффективность функционирования рынка. Или с тем же

успехом оно может подразумевать соглашение и сговор» [6, с. 239].

О противоправности поведения участников рынка свидетельствует совокупность следующих обстоятельств:

1) фактическое поведение участников характеризуется относительной единообразностью и синхронностью при отсутствии на то объективных причин (внешних факторов);

2) из своего поведения хозяйствующие субъекты извлекают преимущества, при этом подлежит установлению, в чем именно выразились такие преимущества, например, в чем именно проявилась дополнительная экономическая выгода для субъектов;

3) следствием противоправного поведения участников является потенциальное или реальное ограничение ими конкуренции и негативное влияние на конкурентную среду;

4) взаимообусловленность действий хозяйствующих субъектов: действия каждого должны быть вызваны действиями иных участников, при этом отказ одного (нескольких) из них от участия в сговоре влечет отказ и иных лиц либо в значительной степени снижает привлекательность такого участия.

Следующий вопрос, который предстоит решить антимонопольному органу, — правильная квалификация такого противоправного поведения либо как антиконкурентных соглашений, либо как согласованных действий.

Под соглашением согласно п. 18 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме. Антиконкурентные соглашения запрещены ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции».

Понятие и признаки согласованных действий определены ст. 8 ФЗ «О защите конкуренции». В рамках «третьего антимонопольного пакета» понятие согласованных действий было уточнено, в частности, к таковым согласно действующей редакции ст. 8 ФЗ «О защите конкуренции» могут быть отнесены лишь такие действия хозяйствующих субъектов, о совершении которых их участники были заранее информированы в связи с публичным заявлением одного из них о планируемом их совершении (признак публичности). Такой объективный критерий, по мнению ФАС, должен был исключить возможность квалификации в качестве согласованных действий параллельного поведения экономически самостоятельных хозяйствующих субъектов, обусловленного экономическими причинами [7].

В ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции» были определены формы запрещенных согласованных действий, которые по аналогии с запрещенными соглашениями были разделены на запрещенные без-

условно (*per se*), и запрещаемые при условии ограничения конкуренции.

Действующая редакция ст. 8 ФЗ «О защите конкуренции» требует одновременного соблюдения совокупности трех условий в целях признания согласованных действий нарушающими антимонопольное законодательство:

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;

2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;

3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

Описанные выше условия позволяют отграничить правомерное параллельное поведение хозяйствующих субъектов от их неправомерных согласованных действий, при этом в целях квалификации схожих действий хозяйствующих субъектов, совершенных в один временной период в границах одного товарного рынка, на предмет наличия в них признаков согласованности, приведенных в ст. 8 Закона «О защите конкуренции», необходимо выявление указанных признаков в совокупности. В противном случае действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке не могут иметь характера согласованных, а переходят в разряд параллельного поведения, представляя собой действия хотя и схожие по содержанию, но осуществляемые автономно и независимо от действий иных участников.

Отличие антиконкурентного соглашения, запрещенного ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции», от согласованных действий, указанных в ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции», состоит главным образом в объективной стороне совершенного правонарушения и зависит от характера тех действий, которые фактически совершают стороны. Кроме того, в ч. 2 ст. 8 ФЗ «О защите конкуренции» определено такое фактическое поведение, как «действия по соглашению», которое в силу прямого указания закона является соглашением, что, в свою очередь, указывает на необходимость соотношения понятий «соглашение», «действия по соглашению» и «согласованные действия» [8].

От того, что именно понимать под действиями по соглашению и чем они отличаются от согласованных действий, зависит и необходимость доказывания наличия соглашения в устной или письменной форме, в то время как для установления факта согласованных действий достаточно установить их

преднамеренность, направленность на ограничение конкуренции и публичность. При доказывании действий по соглашению необходимо приводить тот же комплекс доказательств, что и в деле о соглашении, поэтому и правоприменительная практика по пресечению действий, описанных в ч. 2 ст. 8 ФЗ «О защите конкуренции», невелика.

Столь же невелика и практика квалификации антимонопольными органами действий хозяйствующих субъектов в качестве согласованных, прежде всего в силу необходимости доказывания такого их признака, как публичность, означающего наличие между участниками согласованных действий информационного обмена, при этом средством такого обмена должно быть публичное заявление одного из участников согласованных действий. Указание в законе на признак публичности заявления одним из субъектов согласованных действий об изменении своего поведения необоснованно сузило сферу возможного применения антимонопольного законодательства к действиям хозяйствующих субъектов, потенциально являющимся антиконкурентными.

До указанных изменений антимонопольного законодательства судебная практика шла по пути расширительного толкования согласованных действий, руководствуясь позицией, изложенной в п. 2 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30, в соответствии с которой вывод о согласованности действий может быть сделан исходя из того, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Высшая судебная инстанция, по сути, закрепила определенные стандарты доказывания согласованных действий. В дальнейшем предмет доказывания включал в себя такие обстоятельства, как синхронность и единообразность действий хозяйствующих субъектов и наличие на рынке групповой модели поведения.

На наш взгляд, сведение доказывания согласованных действий к факту наличия однотипных действий участников рынка действительно необоснованно, когда любое однотипное поведение приравнивается к согласованным действиям. Бремя доказывания в такой ситуации фактически переносится на хозяйствующих субъектов, вынужденных доказывать, что их действия не являются согласованными. Этим снижаются стандарты доказывания. Однако и неоправданное сужение понятия «согласованные действия» за счет введения критерия «публичности» проблемы не решило. Кроме того, выявились и практические проблемы применения этого признака по причине отсутствия определения публичного заявления.

Последнее делает актуальным вопрос о правовой квалификации действий хозяйствующих субъектов, выразившихся в относительно единообразном и синхронном поведении при отсутствии на то объективных причин, при отсутствии как признака публичности, так и наличия формального соглашения.

Так, управлением ФАС по Алтайскому краю в ходе анализа рынка сырого коровьего молока были выявлены факты одновременного снижения цен на закупаемое у населения сырое коровье молоко несколькими закупщиками до одной величины. Такое поведение формально указывает на согласованные действия участников рынка, однако отсутствие признака публичности не позволяет квалифицировать их таким образом. Вместе с тем отсутствовали и доказательства формально заключенного соглашения между закупщиками, что ставит перед антимонопольным органом вопрос: как квалифицировать действия участников рынка, если они, не прибегая к тайным соглашениям, приходят к взаимному пониманию необходимости отказа от конкуренции? Формально признакам соглашения такие действия не отвечают, но в силу отмеченного выше они не могут быть отнесены и к согласованным действиям.

Антимонопольное ведомство пошло по пути квалификации таких действий по п. 1 ч. 1 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции» как антиконкурентного соглашения. Антимонопольный орган в качестве обоснования своей позиции указал следующее. Доказательствами наличия соглашения между участниками рынка, направленного на установление и поддержание цен, является поведение (фактические действия) данных субъектов, которые приводят к отказу от соперничества посредством совершения одинаковых действий при отсутствии на то объективных причин, в равной степени влияющих на всех хозяйствующих субъектов [9; 10].

На наш взгляд, при квалификации подобных действий как нарушающих антимонопольное законодательство необходимо решить два принципиальных вопроса. Во-первых, являются ли такие действия противоправными по своей сути. Во-вторых, при положительном ответе на первый вопрос подлежит разрешению вопрос об их квалификации либо как антиконкурентных соглашений по ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции», либо как противоправных согласованных действий по ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции».

В случае отсутствия признака публичности, который может выражаться в объявлении сниженных (повышенных) цен в СМИ, на стеле, ином приспособлении, служащем для информирования потребителя о действующей цене (например, стелы на автозаправочных станциях), и иным подобным образом, квалификация действий по ст. 11.1 ФЗ «О защите конкуренции» невозможна. Для квалификации же подобного поведения как соглашения в устной форме (действия по соглашению) с учетом позиции Верховного суда РФ, согласно которой ссылка на п. 2 постановления № 30, который разъяснил возможность доказывания согласованных действий через их

результат в отсутствие документального подтверждения наличия договоренности об их совершении, применима к согласованным действиям, а не к соглашениям [11], необходимо доказывание наличия такого соглашения.

Только полное и всестороннее исследование всех обстоятельств, получение антимонопольным орга-

ном необходимой совокупности доказательств могут свидетельствовать о достижении лицами антиконкурентного соглашения или совершения ими согласованных действий и исключить привлечение к ответственности хозяйствующих субъектов, действующих в соответствии с антимонопольным законодательством.

Библиографический список

1. О защите конкуренции : Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ // СЗ РФ. — 2006. — № 31 (1 ч.). — Ст. 3434.
2. О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации : Федеральный закон от 06 декабря 2011 г. № 401-ФЗ // СЗ РФ. — 2011. — № 50. — Ст. 7343.
3. О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства, в редакции Постановления Пленума ВАС РФ от 14 октября 2010 г. № 52 «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 30 июня 2008 г. № 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства"» : Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. — 2010. — № 11.
4. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 21 апреля 2009 г. № 15956/08 по делу № А65-3185/2008-СА1-23// СПС «КонсультантПлюс».
5. Определение ВАС РФ от 24 февраля 2009 г. № 15956/08 по делу № А65-3185/2008-СА1-23 // СПС «КонсультантПлюс».
6. Арментано Т. Доминик. Антитраст против конкуренции. — М., 2011.
7. Пузыревский С.А. Третий антимонопольный пакет : общая характеристика планируемых изменений антимонопольного законодательства // СПС «КонсультантПлюс».
8. Егорова М.А. К вопросу о понятии «действия по соглашению» // Конкурентное право. — 2012. — № 3.
9. Решение Комиссии управления ФАС по Алтайскому краю от 30.11.2016 г. № 16-ФАС22-АМ/07-17 // СПС «КонсультантПлюс».
10. О назначении административного наказания по делу об административном правонарушении : постановление от 24 мая 2017 г. по делу № 78-АД (АМ)05/17 // СПС «КонсультантПлюс».
11. Определение Верховного суда РФ от 20 ноября 2015 г. № 305-КГ15-1236 по делу № А40-81895/2013 // СПС «КонсультантПлюс».