

©

С.Л. ЕРМАКОВИЧ

## К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ КАТЕГОРИАЛЬНОГО АППАРАТА АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В литературе и антимонопольном законодательстве, в том числе и в Законе Республики Беларусь от 10 декабря 1992 года “О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции” в редакции от 10 января 2000 года [1] (далее – антимонопольный Закон), для квалификации совместной антиконкурентной практики хозяйствующих субъектов употребляются понятия “соглашения” и “согласованные действия”, “объединенное” или “совокупное” доминирование. При этом отсутствуют четкие научные и юридически формализованные определения данных понятий, а также легальное их закрепление в антимонопольном законодательстве, что затрудняет работу антимонопольных органов по пресечению монополистической деятельности, несущей угрозу конкуренции на товарных рынках.

В юридической литературе, теории и практике антимонопольного регулирования существует большой разброс мнений и подходов в понимании вышеназванных понятий. В Законе Украины “О защите экономической конкуренции” [2] соглашения и согласованные действия объединяются общим понятием “согласованные действия”, под которыми понимаются “заключение субъектами ведения хозяйства соглашений в какой-либо форме, а также какое-нибудь другое согласованное конкурентное поведение (действия, бездействие) субъектов ведения хозяйства” (пункт 1 статьи 5). При этом данный Закон определяет антиконкурентные согласованные действия как “действия, которые привели или могут привести к недопущению, устранению или ограничению конкуренции” (пункт 1 статьи 6). Таким образом, приведенное определение согласованных действий не содержит каких-либо существенных признаков, кроме одного: способности приводить или привести к недопущению, устранению либо ограничению конкуренции. Совсем не раскрывается содержание понятий “соглашение” и “согласованные действия” в Законе Российской Федерации “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности” [3], Законе Республики Казахстан “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности” [4], Законе Кыргызской Республики “Об ограничении монополистической деятельности, развитии и защите конкуренции” [5]. В Законе Азербайджанской Республики “Об антимонопольной деятельности” [6] употребляется только понятие “соглашение”, в которое включаются как гражданско-правовые договоры и иные сделки, так и конкурентные действия хозяйствующих субъектов (статья 4). Что же касается понятия “объединенное” или “совокупное” доминирование, то оно в данных Законах вообще не употребляется.

К.Ю. Тотьев понимает под соглашениями и согласованными действиями запрещенные антимонопольным законодательством коллективные действия

конкурирующих и неконкурирующих хозяйствующих субъектов, позволяющих ограничить или ограничивающие конкуренцию на данном товарном рынке [7, с.25].

Анализ данного определения позволяет сделать следующие выводы:

во-первых, автор не разделяет понятия “соглашения” и “согласованные действия”;

во-вторых, антиконкурентные соглашения и действия направлены против конкуренции;

в-третьих, соглашения и действия могут быть только коллективными (с участием двух и более хозяйствующих субъектов);

в-четвертых, они могут осуществляться конкурирующими и неконкурирующими между собой хозяйствующими субъектами.

Т.Г. Даурова понимает под соглашением заключенный хозяйствующими субъектами договор (письменный акт) о координации тех или иных аспектов деятельности, результатом которой является (может явиться) ограничение или устранение конкуренции на соответствующем товарном рынке, а под согласованными действиями – скоординированное поведение хозяйствующих субъектов вне зависимости от наличия или отсутствия соответствующего договора, которое приводит (может привести) к такому же результату [8, с.72]. В данном случае автор уже называет некоторые другие существенные признаки рассматриваемых понятий: соглашение – это договор (письменный акт), соглашения и согласованные действия характеризуются координацией деятельности (скоординированным поведением) хозяйствующих субъектов.

Ю. Горячева относит соглашения и согласованные действия к двум формам антиконкурентных сговоров. Соглашения, по ее мнению, представляют собой договоренность между несколькими хозяйствующими субъектами о координации отдельных направлений предпринимательской деятельности. Такая договоренность может быть гласной и негласной, существовать как в устном, так и в письменном виде, в том числе закрепляться гражданско-правовым договором. Под согласованными действиями Ю. Горячева понимает поведение хозяйствующих субъектов, обладающее большим сходством и не обусловленное какими-либо причинами, неподвластными воле данных субъектов. Она полагает, что согласованные действия носят скоординированный характер и обычно являются итогом и внешним проявлением ранее достигнутой договоренности [9, с.18].

Ю. Горячева указывает на некоторые новые (дополнительные) признаки анализируемых нами понятий: соглашения могут быть закреплены не только гражданско-правовым договором, но и в любой другой форме, могут быть гласными и негласными. Согласованные действия, как правило, базируются на ранее достигнутых соглашениях между хозяйствующими субъектами о координации своих антиконкурентных действий.

Мы же полагаем, что согласованные действия хозяйствующих субъектов всегда, в каждом конкретном случае, являются практической реализацией предварительно достигнутых между ними соответствующих антиконкурентных соглашений в той или

иной форме. Ведь согласованные действия потому и называются согласованными, что они являются результатом взаимного согласия о чем-либо.

Антимонопольный Закон Республики Беларусь запрещает и признает недействительным заключение и осуществление в любой форме соглашений (согласованных действий) между хозяйствующими субъектами, договоренность осуществлять или осуществление других видов координированной деятельности, если это имеет целью или результатом (может иметь своим результатом) ограничение конкуренции (пункт 1 статьи 6).

Анализ данной новеллы Закона позволяет отнести к признакам соглашений и согласованных действий координацию поведения хозяйствующих субъектов на товарном рынке (намерения и конкретные действия). Далее, квалификация соглашений как антиконкурентных не зависит от формы их заключения, которые могут быть любыми. Появляется еще одно важное обстоятельство: не все соглашения и согласованные действия являются антиконкурентными, а только те, которые имеют своей целью или результатом (могут иметь своим результатом) ограничение конкуренции. Следовательно, участники соглашений и согласованных действий могут:

сознательно преследовать общую цель, а именно – ограничение конкуренции;

сознательно не ставить общую цель (ограничение конкуренции), преследовать каждый свои собственные цели, но результатом таких соглашений и действий может явиться ограничение конкуренции на товарном рынке.

Данные обстоятельства находят свое подтверждение в зарубежном антимонопольном законодательстве. В частности, германское антимонопольное законодательство признает недействительными договоры, заключаемые предприятиями или объединениями предприятий, если они могут оказать влияние на производство или рыночные условия оборота товаров и услуг путем ограничения конкуренции. При этом договоры должны преследовать эту общую цель [10, с.64]. Такие договоры и иные соглашения, сознательно преследующие общую цель ограничения конкуренции, в научной литературе, в антимонопольном законодательстве и судебной практике называются картельными соглашениями (договорами). Они создают целенаправленный концентрированный монополистический эффект и поэтому пресечение картельной практики в деятельности зарубежных антимонопольных органов занимает центральное место.

Германское антимонопольное законодательство содержит не только положения о картельных соглашениях, то есть соглашениях целенаправленного антиконкурентного характера, но и об иных договорах, ограничивающих конкуренцию, так называемых обменных договорах. От картельных обменные договоры отличаются тем, что они не служат общей цели, каждый участник договора преследует прежде всего свои собственные интересы. Такие договоры в большинстве случаев также ограничивают конкуренцию, но не всегда существенно, и в отличие от картельных договоров в ряде случаев могут быть признаны законными [10, с.66-67].

В отличие от германского, антимонопольное законодательство Европейского Союза не разделяет картельные и обменные соглашения (договоры). В этой связи отпадает вопрос, который иногда бывает трудно решить: действительно ли определенное соглашение преследует общую цель?

Следует отметить, что в антимонопольном Законе Республики Беларусь, соответствующих законах Российской Федерации, Киргизии, Казахстана, антимонопольном законодательстве большинства западноевропейских стран, и в законодательстве Европейского Союза соглашения и согласованные действия приравнены друг к другу по своей антиконкурентной значимости. Для того, чтобы не допустить обхода запрета на образование картелей, которое охватывает только соглашения, дополнительно запрещаются согласованные действия, если они обладают таким же действием, как и картельное соглашение. Такой жесткий подход, еще раз подчеркнем это, объясняется прямым и непосредственным ущербом конкуренции от подобных соглашений и действий. Они представляют смертельную опасность для свободной конкуренции, так как создают реальную угрозу самой почве, на которой она произрастает [11, с. 536].

В зарубежном антимонопольном законодательстве и практике антиконкурентные соглашения (согласованные действия) традиционно разделяются на горизонтальные и вертикальные. Под горизонтальными понимаются соглашения и действия конкурирующих между собой хозяйствующих субъектов, имеющих место на рынке одного товара либо взаимозаменяемых товаров. Собственно данные деяния называются картелями [9, с.19]. Именно они наносят наибольший урон частным и публичным интересам в сфере конкурентных отношений.

К вертикальным относят соглашения и действия хозяйствующих субъектов, которые не являются непосредственными конкурентами и находятся на разных ступенях в цепочке “производство-торговля”. Один из них является производителем (продавцом), а другой покупателем (потребителем). Данная цепочка может быть многоступенчатой – от добытчиков сырья до потребителей конечной продукции. Такие антиконкурентные соглашения и действия неконкурирующих между собой хозяйствующих субъектов способны нанести меньший вред конкуренции по сравнению с горизонтальными и потому считаются менее опасными.

Это разграничение соглашений и действий на горизонтальные и вертикальные нашло свое отражение и в антимонопольном законодательстве Республики Беларусь (пункты 1 и 2 статьи 6 Закона).

Все вышеназванные подходы в определении антиконкурентных соглашений и согласованных действий в литературе, отечественном и зарубежном антимонопольном законодательстве варьируются в различных формах и различных сочетаниях названных нами признаков, характеризующих данные понятия.

Исходя из вышеизложенного можно выделить необходимые признаки определяемых понятий. Для соглашений характерны следующие признаки:

это договоренность хозяйствующих субъектов о координации своей деятельности;  
данная договоренность может быть заключена как конкурирующими, так и неконкурирующими между собой хозяйствующими субъектами;

деятельность имеет общей целью или результатом (может иметь результатом) недопущение, ограничение или устранение конкуренции;

договоренность хозяйствующих субъектов может быть гласной и негласной;

договоренность может быть закреплена в любой форме (устно, в форме гражданско-правового договора и т.п.), поскольку наличие факта ограничения конкуренции не зависит от способа, который к нему привел.

Итак, проведенный анализ позволяет сформулировать следующее определение антиконкурентного соглашения:

**соглашение** – закреплённая в любой форме гласная и негласная договоренность конкурирующих и неконкурирующих между собой хозяйствующих субъектов о координации своей деятельности на товарном рынке, имеющей общей целью или результатом (могущая иметь результатом) недопущение, ограничение или устранение конкуренции.

Для согласованных действий присущи следующие признаки:

это скоординированное поведение хозяйствующих субъектов на товарном рынке;

это заведомо (предварительно) скоординированное поведение, опирающееся на соответствующее соглашение (договоренность) между ними;

данное поведение может выразиться в форме действий и (или) бездействия;

действия и (или) бездействия могут совместно осуществляться конкурирующими и неконкурирующими между собой хозяйствующими субъектами;

действия или бездействия имеют общей целью или результатом (могут иметь результатом) недопущение, ограничение или устранение конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, можно дать следующее определение антиконкурентных согласованных действий:

**согласованные действия** – заведомо скоординированное поведение конкурирующих и (или) неконкурирующих между собой хозяйствующих субъектов на товарном рынке, имеющее общей целью или результатом (могущее иметь результатом) недопущение, ограничение или устранение конкуренции.

Закон Республики Беларусь “О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции”, как и антимонопольное законодательство ряда других стран, не соотносит горизонтальные (согласованные действия) хозяйствующих субъектов с их рыночными позициями. Законодатель исходит из презумпции, что все соглашения и действия данных субъектов, независимо от их рыночной доли, обладают монополистическим потенциалом. Такой подход соответствует практике антимонопольного регулирования большинства европейских стран. Однако остается без ответа вопрос: все ли соглашения (согласованные действия) хозяйствующих субъектов обладают одинаковым монополистическим потенциалом и способностью существенно

ограничивать конкуренцию? Полагаем, что нет. К примеру, пять хозяйствующих субъектов с совместной рыночной долей 5 процентов, вступившие в антиконкурентное соглашение и стремящиеся его реализовать, вряд ли создадут на товарном рынке заметный монополистический эффект. Кроме того, такое соглашение и совместные действия в ряде случаев являются для них единственным способом выжить, не уйти с рынка ввиду индивидуальной и коллективной монополистической деятельности со стороны хозяйствующих субъектов со значительным долевым присутствием на товарном рынке.

Именно хозяйствующие субъекты со значительной рыночной долей более всего склонны к заключению антиконкурентных соглашений и осуществлению согласованных действий, поскольку они позволяют им избежать целого ряда проблем и рисков, связанных с наличием свободной конкуренции, дают возможность с позиции силы влиять на других участников рынка, навязывать им свои условия. Достигнуть этих желанных целей собственными силами хозяйствующие субъекты не в состоянии и поэтому идут на антиконкурентный сговор, итогом которого нередко бывает достижение совместного монопольного, то есть доминирующего положения. Однако в данном случае речь идет не об индивидуальном, а коллективном доминировании. Возможность достижения такой ситуации подтверждается экономической практикой и теорией антимонопольного законодательства. В юридической литературе подчеркивается, что при отсутствии монополиста его роль могут играть несколько предприятий, договорившиеся о совместной деятельности в той или иной сфере рыночных отношений [9, с.19]. С.Э. Жилинский указывает, что осуществляя контроль за соглашениями, государство с помощью законодательства стремится прежде всего не допустить возникновения доминирующего положения хозяйствующих субъектов на рынке определенного товара, которое возможно в результате их соглашений, а в случае возникновения такого положения – предупредить его возможные вредные последствия [11, с.536].

Н.И. Ячеистова также считает, что обычно под доминирующим положением на товарном рынке понимается не только положение одного предприятия, но и ситуация, когда рынок контролируется несколькими предприятиями, действующими сообща [12, с.11].

Применительно к коллективной форме доминирования в литературе и законодательстве, как уже отмечалось, употребляются понятия “объединенное” или “совокупное” доминирование (синонимический ряд может быть продолжен), однако правовой анализ данного понятия отсутствует. Отсутствует также легальное определение данного понятия в антимонопольном законодательстве.

Нам представляется, что исходя из широкого употребления понятия “доминирующее положение”, более уместно употреблять понятие “коллективное доминирующее положение”. Его достижение возможно и оно является результатом исключительно соглашений (согласованных действий) двух и более хозяйствующих субъектов.

Ситуация коллективного доминирующего положения возможна на уровне как горизонтальных, так и вертикальных соглашений и согласованных действий, то есть ее могут создавать конкурирующие и неконкурирующие между собой хозяйствующие субъекты [9, с.23-24]. Поскольку речь идет о доминирующем положении, то хозяйствующие субъекты, его совместно достигшие, в совокупности будут обладать теми же признаками, что и отдельный хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке, а именно:

благодаря своей рыночной силе занимать исключительное, то есть господствующее положение на товарном рынке;

исключительное положение позволяет оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара или затруднять доступ на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Правильность такого подхода подтверждается, в частности, тем, что составы монополистической деятельности на основе злоупотребления хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением и на основе антиконкурентных соглашений и действий, отраженные соответственно в статьях 5 и 6 антимонопольного Закона Республики Беларусь, в значительной степени являются общими.

На основе произведенного анализа можно дать следующее определение коллективного доминирующего положения:

***коллективное доминирующее положение*** – исключительное положение двух и более конкурирующих и (или) неконкурирующих хозяйствующих субъектов на рынке определенного товара либо взаимозаменяемых товаров, возникшее в результате их совместных соглашений (согласованных действий), дающее им возможность (позволяющее им) оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара или затруднять (препятствовать) доступ на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Мы полагаем, что монополистическая деятельность с использованием коллективного доминирующего положения будет наиболее разрушительной для конкуренции в силу того, что она ведется на нескольких “фронтах” не одним, а целой группой хозяйствующих субъектов.

Именно такие соглашения и действия, создающие ситуацию коллективного доминирующего положения, должны быть объектом первоочередного и наиболее пристального внимания антимонопольных органов и подлежать полному запрету. Не случайно поэтому российскими специалистами в области антимонопольного регулирования предлагается ввести в понятийный аппарат Закона Российской Федерации “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности” понятие “коллективное доминирующее положение” [13, с.117]. Более того, оно уже включено в проект нового антимонопольного Закона, который в ближайшее время будет внесен на рассмотрение в Государственную думу Российской Федерации.

Мы полагаем, что в связи с большой общественной опасностью антиконкурентных соглашений, согласованных действий, в результате которых создается ситуация коллективного доминирующего положения, к их участникам должны применяться меры юридической ответственности, адекватные экономической тяжести содеянного, достаточные для того, чтобы добиться воздержания других хозяйствующих субъектов от участия в подобного рода наиболее опасных деяниях.

В этой связи мы предлагаем дать определение понятий “соглашения”, “согласованные действия”, а также ввести новое понятие “коллективное доминирующее положение” и дать ему определение и ввести их в Закон Республики Беларусь “О противодействии монополистической деятельности и развитию конкуренции”. Это позволит усилить его нормативность и даст возможность антимонопольным органам вести более эффективную борьбу с монополистической деятельностью хозяйствующих субъектов на товарных рынках Республики Беларусь.

1. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 138. 2 / 903
2. Офіційний вісник України. 2001. № 7. Ст. 260
3. Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499
4. Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. № 2; Ст. 13
5. Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. 1994. № 5. Ст.163
6. Ведомости Верховного Совета Азербайджанской Республики. 1993. № 9. Ст. 224
7. Тотьев К.Ю. Правовые проблемы ограничения монополистической деятельности на товарных рынках: Автореф. дис...канд. юр. Наук: Московская государственная юридическая академия. Москва, 1995, – 28 с.
8. Даурова Т.Г. Эволюция российского антимонопольного законодательства // Законодательство и экономика. 2004. № 1, – с. 70-77
9. Горячева Ю. Новые правила предотвращения и пресечения сговоров, направленных против конкуренции // Хозяйство и право. 2003. № 2, – с. 17-30
10. Основы немецкого торгового и хозяйственного права. М.: Издательство БЕК. 1999, – 288 с.
11. Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов / Предисл. проф. В.Ф. Яковлева. – 4-е изд., изм. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФА·М), 2002. – 912 с.
12. Ячеистова Н.И. Антимонопольная политика – международное измерение // Внешняя торговля. 2001. № 2-3 – с. 9-13
13. Предложения участников семинара “Актуальные проблемы антимонопольной политики в экономике России и стран Европейского Союза. Практика



рассмотрения дел по нарушениям антимонопольного законодательства”. 25-29 ноября 2002 г., г. Хабаровск // Вестник МАП России. 2003. № 1, – с. 117-118