



**Анна Дмитриевна
СУЛИМЕНКО,**

аспирант кафедры
конкурентного права
Университета имени

О.Е. Кутафина (МГЮА)

**ya-anna-sulimenko@
yandex.ru**

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Согласованные действия и коллективное доминирование: есть ли разница?

Аннотация. Статья посвящена проблеме соотношения норм антимонопольного законодательства, устанавливающих запрет на осуществление согласованных действий и злоупотребление коллективным доминирующим положением. Рассматривая нормативный и правоприменительный аспекты обозначенной проблемы, автор приходит к выводу о пересечении сфер регулирования анализируемых норм. Предложены меры, которые способны привести к более четкому разграничению двух рассматриваемых категорий права.

Ключевые слова: согласованные действия, коллективное доминирование, злоупотребление доминирующим положением, сговор, молчаливый сговор.

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.95.7.132-138

ANNA D. SULIMENKO,

Postgraduate student of the Competition law department,
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

ya-anna-sulimenko@yandex.ru

9, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

Concerted actions and collective dominance: is there a difference?

Abstract. This article addresses the issue of correlation between antitrust law rules, establishing prohibition of concerted actions and abuse of collective dominance. By considering the regulatory and enforcement aspects of the issue, the author concludes that the analyzed norms' spheres of regulation overlap. The author proposes measures capable of creating a clearer distinction between the two legal concepts in question.

Keywords: concerted actions, collective dominance, abuse of dominance, collusion, tacit collusion.

Введение

Олигопольный характер товарных рынков зачастую рассматривается специалистами в области антимонопольного регулирования как один из факторов, сдерживающих развитие конкуренции¹.

¹ Данный тезис нашел отражение и в Национальном плане («дорожной карте») развития конкуренции в Российской Федерации на 2021—2025 годы, утв. распоряжением Правительства от 02.09.2021 № 2424-р.

Отечественное антимонопольное законодательство содержит ряд норм, которые направлены на пресечение нарушений на товарных рынках, характеризующихся именно такой структурой. В частности, Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² (далее — Закон о защите конкуренции) предусматривает запрет на осуществление согласованных действий, а также возможность установления доминирующего положения в отношении нескольких хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц (коллективное доминирующее положение).

В литературе идут активные дискуссии по разным вопросам, связанным с установлением и применением обозначенных выше законодательных положений. В рамках данной статьи будет рассмотрен один из них — касающийся соотношения норм о согласованных действиях (ст. 8 и ст. 11.1 Закона о защите конкуренции) и о коллективном доминировании (ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

1. Нормативный аспект проблемы

Часть 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции требует установления ряда структурных признаков товарного рынка для признания хозяйствующих субъектов доминирующими. К их числу относятся:

- совокупный размер долей таких хозяйствующих субъектов;
- стабильность этих долей;
- высокие барьеры входа на товарный рынок;
- низкий уровень эластичности спроса на реализуемый товар;
- информационная прозрачность, или транспарентность, рынка.

Примечательно, что в сущности эти же самые признаки упомянуты экономистами в Докладе, подготовленном для Европейской комиссии, в качестве факторов, которые способствуют возникновению на товарном рынке «молчаливого» сговора³.

«Молчаливый» сговор в упрощенном виде можно описать как такую модель единообразного и зачастую синхронного поведения хозяйствующих субъектов на товарном рынке, при которой они сознательно ставят свое поведение в зависимость от действий друг друга. В российском антимонопольном законодательстве данная модель взаимодействия конкурентов воплощена в правовой категории согласованных действий.

Из сказанного можно сделать как минимум следующий вывод: хозяйствующие субъекты, в отношении которых устанавливается коллективное доминирующее положение, с одной стороны, и участники антиконкурентных согласованных действий, с другой стороны, зачастую осуществляют деятельность на товарных рынках, которым присущи сходные структурные характеристики, а именно на олигополистических товарных рынках.

² СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

³ Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The Economics of Tacit Collusion : Final Report for DG Competition, European Commission. IDEI, Toulouse, 2003 // URL: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/the_economics_of_tacit_collusion_2003.pdf.



Фактически это означает, что нормы ч. 3 ст. 5, а также ст. 8 и 11.1 Закона о защите конкуренции распространяют свое действие на одних и тех же субъектов права, что само по себе проблемой ни в коей мере не является при условии, что рассматриваемые положения законодательства направлены на пресечение различных видов противоправного поведения.

Тем не менее, в экономической науке высказывается мнение, согласно которому анализируемые нормы имеют один объект⁴. Переводя данное утверждение на язык права, получаем следующее: нормы о коллективном доминировании и согласованных действиях регулируют одни и те же общественные отношения, что приводит к сложностям в квалификации действий участников рынка. Следовательно, возрастает степень усмотрения правоприменительных органов, которые стремятся сделать процесс доказывания менее обременительным.

А. Н. Варламова уже давно предположила, что «понятие коллективного доминирования было введено вследствие того, что антимонопольному органу пока сложно доказывать такие нарушения, как согласованные действия»⁵. Но что же делает норму о коллективном доминировании более предпочтительной с точки зрения правоприменительной деятельности?

Анализ нормативного материала показывает, что если норма о коллективном доминировании указывает лишь на структурные характеристики товарного рынка, то понятие согласованных действий, содержащееся в ст. 8 Закона о защите конкуренции, описывает именно поведение хозяйствующих субъектов на таких товарных рынках.

При этом можно возразить, что само по себе наличие доминирующего положения нарушением антимонопольного законодательства не является, что верно. Однако запрет на злоупотребление таким положением, установленный ст. 10 Закона о защите конкуренции, ограничивается указанием конкретной формы злоупотребления, не возлагая на правоприменителя обязанности детально анализировать зависимость поведения хозяйствующих субъектов от тех или иных рыночных условий.

В то же время понятие согласованных действий подразумевает, что даже единообразное и синхронное поведение конкурентов может являться следствием объективных рыночных факторов, а не сговора. Разумеется, для установления данного факта требуется сложный экономический анализ характера и обусловленности действий хозяйствующих субъектов, который при установлении факта злоупотребления доминирующим положением не предполагается.

Таким образом, возникает конкуренция правовых норм, создающая возможность для альтернативной квалификации одного и того же поведения хозяйствующих субъектов. Причем на законодательном уровне такое поведение в ст. 10 и 11.1 Закона о защите конкуренции описывается по-разному, что, как следствие,

⁴ Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта (лекционные и методические материалы) // Экономический журнал Высшей школы экономики. 2007. № 2. С. 266.

⁵ Варламова А. Н. Совместное доминирование и согласованные действия // Корпоративный юрист. 2007. № 5. С. 42.

сказывается на несходстве предмета доказывания по делам о согласованных действиях и злоупотреблении коллективным доминирующим положением.

2. Правоприменительный аспект проблемы

В то же время правоприменительная практика по ч. 3 ст. 5 и ст. 10 Закона о защите конкуренции складывается таким образом, что коллективное доминирующее положение устанавливается в отношении каждого из нескольких хозяйствующих субъектов по отдельности, что впоследствии позволяет антимонопольным органам и судам привлекать за злоупотребление своим положением любого из таких доминантов даже в случае, если соответствующие действия (повышение цены на товар, отказ от заключения договора и т.д.) не были поддержаны другими членами «коллектива»⁶.

Фактически в данном случае институт коллективного доминирования используется для пресечения индивидуального поведения участников олигополистических товарных рынков.

Статья 8 Закона о защите конкуренции, напротив, характеризует согласованные действия исключительно как модель группового поведения хозяйствующих субъектов.

Но значит ли это, что на уровне правоприменения институты коллективного доминирования и антиконкурентных согласованных действий все-таки разведены? Представляется, что нет.

Во-первых, у антимонопольных органов и судов остается возможность привлекать за злоупотребление доминирующим положением нескольких хозяйствующих субъектов, входящих в «коллектив». Следовательно, сфера действия анализируемых норм все же пересекается.

Во-вторых, — и это не менее интересно — многие специалисты в области антимонопольного регулирования категорически не приемлют описанную выше правоприменительную практику и считают, что ее необходимо пресечь⁷.

Автор настоящей статьи также поддерживает позицию, состоящую в том, что правоприменение по ч. 3 ст. 5 и ст. 10 Закона о защите конкуренции создает риск привлечения к ответственности за злоупотребление доминирующим положением лиц, которые не обладают достаточной рыночной властью, чтобы самостоятельно влиять на общие условия обращения товара на рынке.

⁶ См., например: решение ФАС России от 02.11.2020 по делу № 11/01/10-46/2020 (URL: https://br.fas.gov.ru/generate_pdf/58f016fb-c013-4d45-9c23-e1c0ce91683c/) ; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.01.2014 по делу № А53-22012/2012 // URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/1690226c-7741-4017-b3a2-76e700325b2a>.

⁷ Хохлов Е. С. Правовые позиции Верховного Суда РФ применительно к определению доминирующего положения на товарном рынке // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2021. № 4. С. 42 ; Мигитко О. Коллективное доминирование: недоказанность и недосказанность // Конкуренция и право. 2010. № 1. С. 12.



Кстати, при обсуждении проблемы разграничения институтов антиконкурентных согласованных действий и коллективного доминирования необходимо коснуться и признака публичного заявления одного из участников согласованных действий о планируемом поведении на товарном рынке (п. 2 ч. 1 ст. 8 Закона о защите конкуренции).

Формально данный критерий в некотором роде может рассматриваться как средство разграничения двух рассматриваемых правовых институтов: если хозяйствующий субъект уведомил конкурентов о своей будущей рыночной стратегии публично, то их последующее поведение может квалифицироваться в качестве согласованных действий; если же подобного публичного заявления не было — в качестве злоупотребления коллективным доминирующим положением.

Примечательно, что в литературе высказывалась позиция, согласно которой признак публичного заявления одного из участников согласованных действий был введен целенаправленно для размежевания двух рассматриваемых институтов конкурентного права⁸.

На наш взгляд, данное утверждение является ошибочным. Анализ эволюции понятия согласованных действий позволяет понять: изначально признак, характеризующий форму информационного обмена между участниками согласованных действий, был введен для того, чтобы отграничить незаконное единообразное поведение хозяйствующих субъектов от обычного параллелизма, который, по сути, является правомерным.

Тем не менее стоит согласиться с тем, что введение признака публичного заявления в ст. 8 Закона о защите конкуренции имело и сопутствующие последствия. Первым из них как раз и выступает формальное разграничение норм о согласованных действиях и коллективном доминировании. Однако подобное решение вопроса вряд ли можно назвать удачным, поскольку внесенные в Закон изменения не дали ничего нового для понимания сущности взаимодействия конкурентов на олигополистических товарных рынках. В этой связи такое разграничение правовых институтов является мнимым.

Второе же последствие выразилось в смешении категорий «согласованные действия» и «картель», проблема разграничения которых и без того стояла достаточно остро. На этом основании автор ранее уже высказывал позицию относительно изъятия признака публичного заявления из понятия согласованных действий⁹. Соответственно, в случае исключения данного признака из ст. 8 Закона о защите конкуренции пропадет и формальный критерий разграничения злоупотребления коллективным доминирующим положением и антиконкурентных согласованных действий.

Таким образом, потребность в разрешении проблемы существования норм, сферы действия которых пересекаются, объективно есть.

⁸ *Суменков С. Ю.* К вопросу о необходимости института коллективного доминирования // Конкуренция и право. 2015. № 1. С. 42.

⁹ *Сулименко А. Д.* Отдельные аспекты разграничения согласованных действий и соглашений в конкурентном праве России // Конкурентное право. 2021. № 3. С. 12.

3. Пути решения проблемы

Исходя из общей логики, существует два основных способа решения проблемы закрепления в законодательстве дублирующих друг друга норм — либо изъятие одной из них, либо такое реформирование соответствующих институтов, которое обеспечит правовую определенность относительно квалификации деяний субъектов.

В рассматриваемом случае такая радикальная мера, как изъятие нормы, не будет отвечать целям и задачам антимонопольного регулирования, поскольку и тот, и другой институты права могут быть крайне полезны для обеспечения здоровой конкурентной среды на товарных рынках.

Понятие согласованных действий, на взгляд автора, выглядит более предпочтительным, чем злоупотребление коллективным доминирующим положением, причем именно в аспекте анализа действий хозяйствующих субъектов, поскольку ст. 8 Закона о защите конкуренции содержит характеристики поведения конкурентов.

А институт коллективного доминирования описывает структурные особенности олигополистических товарных рынков. И, как уже было обозначено выше, эти структурные характеристики являются мощными стимулами для возникновения сговора между хозяйствующими субъектами. Чтобы такие сговоры предотвращать, а не реагировать на уже совершенное правонарушение посредством применения нормы о согласованных действиях или картелях, и необходим институт коллективного доминирования. Его использование в процессе анализа влияния сделок экономической концентрации на состояние конкуренции на товарных рынках способно выполнять прогностическую функцию при построении предположений относительно возможного возникновения доминирующего положения нескольких хозяйствующих субъектов в случае одобрения соответствующих сделок.

При этом в процессе применения запрета на осуществление согласованных действий не стоит забывать и о характеристиках олигополистических товарных рынков. В процессе мониторинга и контроля за соблюдением антимонопольного законодательства необходимо учитывать, что именно такие рыночные структуры наиболее подвержены сговору.

Заключение

Таким образом, проведенный анализ показывает, что институты антиконкурентных согласованных действий и коллективного доминирования вполне могут гармонично сосуществовать в рамках российского антимонопольного законодательства, взаимно дополняя друг друга. Эффективность соответствующих положений Закона о защите конкуренции может обеспечиваться за счет выполнения ими двух различных функций: нормы о коллективном доминировании ценны для предупреждения сговоров на товарных рынках, а положения о согласованных действиях — для пресечения уже совершенных правонарушений.

Обозначенный подход также соответствует предмету и целям антимонопольного законодательства, отраженным в ст. 1 Закона о защите конкуренции.



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н.* Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта (лекционные и методические материалы) // *Экономический журнал Высшей школы экономики.* — 2007. — № 2. — С. 234—270.
2. *Варламова А. Н.* Совместное доминирование и согласованные действия // *Корпоративный юрист.* — 2007. — № 5. — С. 41—43.
3. *Мигитко О.* Коллективное доминирование: недоказанность и недосказанность // *Конкуренция и право.* — 2010. — № 1. — С. 8—14.
4. *Сулименко А. Д.* Отдельные аспекты разграничения согласованных действий и соглашений в конкурентном праве России // *Конкурентное право.* — 2021. — № 3. — С. 10—12.
5. *Суменков С. Ю.* К вопросу о необходимости института коллективного доминирования // *Конкуренция и право.* — 2015. — № 1. — С. 39—42.
6. *Хохлов Е. С.* Правовые позиции Верховного Суда РФ применительно к определению доминирующего положения на товарном рынке // *Вестник Арбитражного суда Московского округа.* — 2021. — № 4. — С. 32—44.