

УДК 346(476)

С.Л. ЕРМАКОВИЧ

## СОВМЕСТНАЯ МОНОПОЛИСТИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

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

В Законе Украины «О защите экономической конкуренции» [2] соглашения и согласованные действия объединяются общим понятием «согласованные действия», под которыми понимаются «заклучение субъектами ведения хозяйства соглашений в какой-либо форме, а также какое-нибудь другое согласованное конкурентное поведение (действия, бездействие) субъектов ведения хозяйства» (п. 1 ст. 5). При этом данный закон определяет антиконкурентные согласованные действия как «действия, которые привели или могут привести к недопущению, устранению или ограничению конкуренции» (п. 1 ст. 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 «соглашения» 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 (ст. 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, позволяющие ограничить или ограничивающие конкуренцию на данном товарном рынке [7, с. 25]. Анализ этого 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 не конкурирующими 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 (п. 1 ст. 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, которая может быть любой. 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, т.е. 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 право 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, т.к. создают реальную угрозу самой почве, на которой она произрастает [11, с. 536]. Из данного подхода также следует, что для возложения ответственности не обязательно доказывать, что между хозяйствующими субъектами имела место договоренность в какой-либо форме, достаточно только доказать факт согласованности действий участников сговора.

В зарубежном антимонопольном законодательстве и практике антиконкурентные соглашения (согласованные действия) традиционно разделяются на гори-

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 не конкурирующих 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 законе Республики Беларусь (пп. 1 и 2 ст. 6 Закона).

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

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

- договоренность может быть заключена как конкурирующими, так и не конкурирующими 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 или негласная договоренность конкурирующих и (или) не конкурирующих между собой хозяйствующих субъектов о координации своей деятельности на товарном рынке, имеющей общей целью или результатом (могущая иметь своим результатом) недопущение, ограничение или устранение конкуренции.

Согласованным действиям присущи признаки:

- скоординированное поведение хозяйствующих субъектов на товарном рынке;
- заведомо (предварительно) скоординированное поведение, опирающееся на соответствующее соглашение (договоренность) между ними;
- данное поведение может выражаться в форме действий и (или) бездействия;
- действия и (или) бездействие могут совместно осуществляться конкурирующими и не конкурирующими 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) не конкурирующих 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 зарубежные антимонопольные законодательства, не соотносит горизонтальные соглашения (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%, 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 совместной монополистической деятельности со стороны хозяйствующих субъектов со значительным долевым присутствием на товарном рынке.

К заключению антиконкурентных соглашений и осуществлению согласованных действий более всего склонны хозяйствующие субъекты со значительной рыночной долей, поскольку она позволяет им избежать целого ряда проблем и рисков, связанных с конкуренцией, дает возможность с позиции силы влиять на других участников рынка, навязывать им свои условия. Достигнуть этих целей собственными силами хозяйствующие субъекты не в состоянии и поэтому идут на антиконкурентный сговор, итогом которого нередко бывает достижение совместного монопольного, т.е. 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].

Известный специалист в сфере антимонопольного регулирования 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», «совокупное доминирование» (синонимический ряд может быть продолжен). 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, т.е. ее могут создавать конкурирующие и не конкурирующие между собой хозяйствующие субъекты [9, с. 23-24]. В первом случае (горизонтальные соглашения и действия) картина коллективного доминирующего положения достаточно очевидна. Примером коллективного доминирования на вертикальном уровне может служить ситуация, когда индивидуально доминирующий хозяйствующий субъект, выступающий на рынке в качестве продавца, заключил односторонний или многосторонний договор с несколькими приобретателями его товаров, которые совместно могут занимать господствующее положение на товарном рынке и тем самым оказывать решающее влияние на общее обращение товаров на нем.

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, т.е. 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 в стст. 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), позволяющее им оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара или затруднять 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 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 запрету. Неслучайно 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.

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 определения понятий «соглашение», «согласованные действия», а также ввести новое понятие «коллективное доминирующее положение» и дать ему определение в Законе Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции». Это усилит его нормативность и позволит антимонопольным органам вести более эффективную борьбу с монополистической деятельностью хозяйствующих субъектов на товарных рынках Республики Беларусь.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Нац. реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2000. – № 8. – 2/139; 2002. – № 138. – 2/903.
2. Офіційний вісник України. – 2001. – № 7. – Ст. 260.
3. Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. – 1991. – № 66. – Ст. 499; СЗ РФ. – 2000. – № 2. – Ст. 124.
4. Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2001. – № 2. – Ст. 13.
5. Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики – 1994. – № 5. – Ст. 163; 2003. – № 11. – Ст. 505.
6. Ведомости Верховного Совета Азербайджанской Республики. – 1993. – № 9. – Ст. 224.
7. *Тотьев К.Ю.* Правовые проблемы ограничения монополистической деятельности на товарных рынках: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. 12.00.03 – М., 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.: Изд-во «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.: Изд-во «НОРМА» (Издательская группа НОРМА – ИНФА-М), 2002. – 912 с.
12. *Ячистова Н.И.* Антимонопольная политика – международное измерение // Внешняя торговля. 2001. – № 2-3. – С. 9-13.
13. Предложения участников семинара и 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.

#### SUMMARY

*Home and foreign antimonopoly legislation having been analyzed and different opinions formed in jurisprudence having been studied, an attempt to formulate the notions of «agreement», «coordinated activity» and «collective dominant position» is undertaken in the article. These notions being widely used in the antimonopoly legislation to qualify the joint anticompetitive practice of the economic enterprises, the author proves the necessity of adding them to the Act of the Republic of Belarus «About counteraction to the monopolistic activity and development of competition».*