

Соглашения в бизнесе через призму антимонопольных норм

Татьяна ИГНАТОВСКАЯ,

партнер, заместитель директора ООО «Степановский, Папакуль и партнеры. Юридические услуги»

Как показывает практика, бизнесу полезно понимать общие подходы к соглашениям через призму антимонопольных норм, чтобы не допускать досадных ошибок во взаимоотношениях с контрагентами и конкурентами.

Остановимся на базовой терминологии, которая сама по себе важна для правильного понимания сути отношений и их верной квалификации. Так, антимонопольный Закон Республики Беларусь от 12.12.2013 «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» № 94-З (далее – Закон) признает соглашением *«договоренность в письменной или электронной форме, содержащуюся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме»* (ст. 1 антимонопольного Закона).

То есть понятие соглашения для целей антимонопольного регулирования шире понятия гражданско-правового понятия «договор». Для признания такового не требуется придания договоренностям какой-то определенной предусмотренной законодательством формы.

Соглашением признается устная договоренность, достигнутая в переписке посредством электронной почты или мессенджеров (в т.ч. установленных и зарегистрированных на физических лиц и их устройствах), в процессе переговоров с контрагентами (в т.ч. потенциальными), другими участниками рынка и даже государственными органами-регуляторами.

Фактически любая договоренность участников рынка между собой или с другими лицами, которая может повлечь негативные для конкуренции последствия по ст. 20 и 23 Закона (в зависимости от состава участников соглашения), может быть признана ограничивающим конкуренцию соглашением и стоить хозяйствующему субъекту – участнику такого соглашения до 10% прошлогодней выручки на соответствующем товарном рынке.

Ограничивающие конкуренцию соглашения – достаточно сложный с точки зрения доказательств состав антимонопольного нарушения в любой юрисдикции, т.к. часто участники соглашений (особенно картельных) ведут

себя осмотрительно. Однако даже при сложности доказывания по этой категории антимонопольных дел у Антимонопольного органа¹ на сегодняшний день уже есть инструменты получения необходимой «совокупности косвенных доказательств», чтобы установить факт наличия неконкурентного соглашения.

В основном все рассмотренные Антимонопольным органом дела по фактам заключения ограничивающих конкуренцию соглашений были начаты на основании полученных из правоохранительных органов² материалов (в т.ч. и оперативно-розыскных). По ним Антимонопольный орган может собрать из имеющейся информации достаточную совокупность доказательств антимонопольного нарушения, определив товарные и географические границы товарного рынка. Несмотря на то, что таких дел не так много на общем фоне всех антимонопольных дел, знание применяемых к соглашениям антимонопольных правил и запретов поможет бизнесу лучше понимать суть антимонопольных ограничений, которые присутствуют практически в любом национальном и наднациональном законодательстве (вопрос лишь в географических границах товарных рынков), в т.ч. при осуществлении деятельности на иностранных или трансграничных рынках.

Зачем вам это знать?

Одна из причин, по которой бизнесу важно понимать суть антимонопольных запретов в отношении соглашений, заключается в том, что для усмотрения признаков и установления фактов нарушения *размер доли компании на товарном рынке фактически не имеет значения* (исключение составляют только допустимые вертикальные соглашения по ст. 22 Закона, когда доля каждого из участников соглашения на товарном рынке предмета соглашения не превышает 20%). Для того чтобы компании правомерно пользоваться данным допуском (на заключение вертикального соглашения с возможными неконкурентными условиями), необходимо знать не только свою долю, но и долю контрагента, предварительно верно определив продуктовые границы товарного рынка, что на практике бывает достаточно затруднительно сделать в момент заключения договора и обсуждения его условий.

Какие они – неконкурентные соглашения?

Итак, какие именно договоренности и соглашения несут в себе антимонопольные риски, и как их можно избегать.

- **Картели (горизонтальные соглашения)** – соглашения между конкурентами – субъектами, осуществляющими деятельность на одном товарном рынке. При этом Закон в ст. 1 определяет товарный рынок

¹Министерство антимонопольного регулирования и торговли Республики Беларусь.

²КГК или ДФР.

как сферу обращения определенного товара, не имеющего заменителей на территории Республики Беларусь или ее определенной части. Таковая – это «определяемая исходя из экономической, технической или иной возможности потребителя, либо целесообразности приобретения товара на соответствующей территории и отсутствия этой возможности, либо целесообразности за ее пределами». Анализ товарного рынка проводится по определенным правилам при рассмотрении некоторых категорий дел (в отношении соглашений такой обязанности у Антимонопольного органа нет). Поэтому часто может возникать ситуация, когда представления субъекта рынка и Антимонопольного органа в отношении товарных (продуктовых) границ одного и того же товарного рынка различаются. И это критически важный момент, который влияет на возможность установления факта нарушения либо его отсутствия.

Так, в первом картельном деле³ производитель и его дилеры были признаны Антимонопольным органом конкурентами только потому, что, несмотря на выстроенную дилерскую сеть (отношения в рамках которой по своей сути являются вертикальными соглашениями между покупателем и продавцом), у производителя были выявлены разовые поставки товара конечным потребителям. Такой аспект при определении своего товарного рынка, равно как и товарного рынка, являющегося предметом заключаемого соглашения, необходимо держать в фокусе внимания.

Картели запрещены п. 1 ст. 20 Закона, и этот запрет не имеет исключений в зависимости от долей участников соглашения на соответствующем товарном рынке. Запрет носит безусловный характер (*per se*) к любым поименованным в данной норме последствиям, вне зависимости от того, повлекли ли такие договоренности ограничение, недопущение или устранение конкуренции.

Для того чтобы снизить риски заключения картельного соглашения, надо четко понимать, не работает ли контрагент на вашем товарном рынке. А если такие признаки есть, избегать договоренностей, приводящих к установлению, поддержанию, повышению или снижению цен; разделу товарного рынка по территориальному принципу, видам, объемам сделок, видам, объемам, ассортименту товаров и их ценам, кругу продавцов или потребителей; сокращению или прекращению производства товаров; отказу от заключения договоров с определенными продавцами или потребителями.

- **Вертикальные соглашения** – соглашения между субъектами, «один из которых приобретает товар или намеревается его приобрести, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом». То

³Было описано в публикации «Неочевидные антимонопольные риски» («Генеральный директор» № 3/2024).

есть фактически абсолютное большинство заключаемых в деловом обороте соглашений с точки зрения антимонопольных норм является вертикальными соглашениями. В отношении подобных соглашений установлены всего два запрета. В вертикальных соглашениях нельзя договариваться об установлении цены перепродажи товара (за исключением максимальной цены перепродажи), а также о запрете покупателю продавать товары конкурентов продавца (за исключением организации торговли под товарным знаком продавца («фирменной» торговли). Несмотря на то, что данный запрет в отношении вертикальных соглашений также безусловный (не нужно доказывать ограничение конкуренции), из него, тем не менее (в отличие от картелей), есть исключения. Помимо упомянутого выше допущения в отношении субъектов, чьи доли не превышают 20% товарного рынка предмета соглашения, договоры франчайзинга, содержащие неконкурентные нормы, также могут быть признаны допустимыми.

- ***Иные соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению, устранению или недопущению конкуренции,*** также могут быть признаны нарушающими антимонопольные запреты. Причем круг возможных соглашений п. 3 ст. 20 Закона не ограничен. Фактически любая ограничивающая контрагента в самостоятельности норма может быть признана неконкурентной, если будет установлено, что она может повлиять на конкуренцию. Возможность ограничить конкуренцию при этом будет в случае возникновения вопроса определяться Антимонопольным органом по признакам ст. 7 Закона, в т.ч. в случае сокращения количества субъектов на рынке, отказа определенных субъектов от самостоятельных действий на таком рынке, способности одних субъектов своими самостоятельными действиями влиять на общие условия обращения товара на товарном рынке. Именно из-за необходимости доказывания возможного ограничения конкуренции по формальным признакам практики по таким делам немного. Тем не менее подобный риск также необходимо учитывать, чтобы не оставлять «зазоров» на оборотный штраф.

Кроме того, общее исключение из запретов составляют некоторые внутригрупповые соглашения, а также соглашения о предоставлении (отчуждении) прав на результаты интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации (п. 6 ст. 20 Закона).

Риски ненаписанных соглашений

При этом, исходя из терминологии и практики, соглашения могут быть достигнуты при подписании протоколов совещаний, заседаний, встреч, в переписке в мессенджерах. Устное соглашение может быть достигнуто

посредством телефонных переговоров или в рамках состоявшейся встречи. И такие соглашения также могут быть признаны неконкурентными с соответствующими последствиями. Так, практика МАРТ по картельным делам это подтверждает. В деле о ветеринарном картеле⁴ устным неконкурентным соглашением признаны действия конкурентов по составлению и пересылке между субдилерами и дилером таблицы с разделением сельскохозяйственных компаний-покупателей и сопутствующая этому процессу переписка, а в картеле на рынке средств защиты растений⁵ – протокол ежегодного совещания дилеров и также сопутствующая переписка по электронной почте.

Важным моментом для понимания собственных рисков также является доказательственный аспект – большое количество рассмотренных дел о неконкурентных соглашениях были инициированы Антимонопольным органом после получения соответствующих содержащих признаки антимонопольного нарушения доказательств от правоохранительных органов, содержащих в т.ч. материалы оперативно-розыскной деятельности (слуховой контроль, опросы заинтересованных лиц и т.д.).

Нарушения без соглашения

Говоря о соглашениях в разрезе антимонопольных ограничений, также необходимо помнить, что можно нарушить антимонопольные нормы даже без соглашения как такового. В этой связи целесообразно отметить еще два антимонопольных состава, создающих риски для бизнеса, таких как согласованные действия и координация экономической деятельности.

- **Согласованные действия** (ст. 12, 21 Закона) – это синхронные действия конкурентов на одном товарном рынке в отсутствие соглашения между ними, если при этом одновременно выполняются следующие условия: результат таких действий соответствует интересам каждого из субъектов; действия заранее известны другим (каждому) субъектам, в т.ч. в связи с публичным заявлением одного из них; действия каждого субъекта вызваны действием конкурента и не связаны с изменением общих условий функционирования товарных рынков.

В практике Антимонопольного органа пока есть единственное дело регистраторов доменных имен⁶, в рамках которого был установлен факт согласованных действий пяти регистраторов, выразившихся в

⁴https://www.mart.gov.by/выписка%20из%20решения%20514_19-2024.pdf

⁵<https://www.mart.gov.by/files/live/sites/mart/files/documents/Комиссия%20МАРТ/2021/решение%20338-16-2021.pdf>

⁶<https://www.mart.gov.by/files/live/sites/mart/files/documents/Комиссия%20МАРТ/2023/03.04.2023%20на%20сайт%20выписка%20pdf.pdf>

одномоментном синхронном поднятии цен на услугу по регистрации доменов. При этом в процессе разбирательства не было установлено, что данные субъекты договорились о подобном аналогичном поведении. При этом в решении по такого рода делам оценивается, проявили ли субъекты «единый поведенческий характер» и не имеется ли иных не зависящих отхозсубъектов обстоятельств, которые в равной степени могли повлиять на общее поведение участников товарного рынка (изменение регулирования, введение единых тарифов и т.д.).

- **Координация экономической деятельности** (п. 4 ст. 20 Закона) – согласование действий хозсубъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких субъектов и *не осуществляющим деятельность на том товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.*

В качестве примера можно привести дело в отношении российского поставщика⁷, рассмотренное Антимонопольным органом на основании части материала, выделенного из упоминаемого ветеринарного картеля. Несмотря на то, что Антимонопольный орган не усмотрел в данном деле достаточной совокупности признаков координации, по мнению автора, все необходимые признаки ее наличия в доступных материалах присутствуют.

Про договоренности на торгах

Следует также отметить, что в качестве неконкурентных соглашений часто рассматриваются и достигнутые договоренности при проведении торгов (иных конкурентных процедур). Часто бизнес не совсем верно оценивает свои риски в данном аспекте, ошибочно полагая, что в таких ситуациях применяется ст. 24 Закона (Антимонопольные требования к закупкам товаров), за нарушение которой не установлено норм административной ответственности. Но эта норма применяется к иным ситуациям, а именно – во взаимоотношениях между организатором (заказчиком) и участниками (в т.ч. потенциальными) торгов. Но все, что касается взаимоотношений участников торгов – хозсубъектов, в т.ч. их договоренности о «стратегиях» участия в торгах (договоренность о шаге торга, об отказе от дальнейшего снижения цены в случае достижения определенного предела, о «декоративном» участии в торгах для исключения ситуации признания их несостоявшимися и многое другое), в случае наличия признаков нарушения будет рассматриваться Антимонопольным органом как нарушающее конкуренцию соглашение, запреты на которые установлены ст. 20 Закона.

Что вам за это будет?

⁷<https://www.mart.gov.by/2024-god/выписка%20из%20решения%20на%20сайт.pdf>

В разговоре о соглашениях *важно также помнить*, что за нарушение этих антимонопольных запретов **ответственность, как правило, несут все стороны соглашения**, причем в качестве ответственности установлен оборотный штраф в размере до 10% выручки на товарном рынке, на котором выявлено нарушение, за предыдущий (предшествующий дате установления факта нарушения) календарный год. По практике картельных дел штрафы назначались судом в размере 4% суммы прошлогодней выручки, что для торговых бизнесов, как правило, составляет очень внушительные суммы, которые, безусловно, не закладываются и не учитываются при планировании финансовых результатов компании.

Также с учетом серьезных возможностей Антимонопольного органа в получении доказательств от правоохранительных органов важно помнить, что «все, что вы скажете, будет использоваться против вас». Причем это касается не только вашей действующей команды, но и бывших сотрудников. Практика привлечения Антимонопольным органом таких лиц для дачи необходимых пояснений уже отработана и не является чем-то экстраординарным.

Как нивелировать риски?

- Можно ли что-то предпринять бизнесу, чтобы нивелировать или исключить подобные риски для своего бизнеса? Да, пожалуй, можно. Соблюдая «гигиену» бизнес-коммуникаций, зная свой товарный рынок, долю на нем и конкурентов. Все эти задачи можно реализовать через антимонопольный комплаенс – внутреннюю систему мер и документов, направленных на недопущение нарушений антимонопольного законодательства и минимизацию последствий возможных нарушений. Антимонопольный комплаенс состоит из нескольких обязательных элементов. Таких как:
 - разработка надлежащих коммерческих практик;
 - выработка бизнес-процессов и правил переговоров;
 - заключение и исполнение договоров;
 - обучение персонала;
 - периодическая проверка бизнес-процессов и знаний сотрудников.

Это достаточно сложный для внедрения процесс, в первую очередь из-за неготовности лидеров включаться и пропагандировать это среди коллег, а также инертности сотрудников и их нежеланием менять устоявшиеся правила. Тем не менее это важный шаг, внедрение которого в перспективе ведет к снижению спонтанных рисков.

Несмотря на то, что в Беларуси до сих пор нет нормативного регулирования подобного института, компании, которые внедрились антимонопольный

комплаенс в качестве обязательных бизнес-практик, более защищены от подобных рисков и оборотных штрафов.