

Трибуна
МОЛОДЫХ УЧЕНЫХ

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ БОРЬБЫ
С НЕЗАКОННЫМИ ГОРИЗОНТАЛЬНЫМИ СОГЛАШЕНИЯМИ
МЕЖДУ ХОЗЯЙСТВЕННЫМИ СУБЪЕКТАМИ

© 2016 г. Эльдар Адыгезал оглы Годжаев¹

В статье представлено исследование международной практики и законодательства по борьбе с незаконными горизонтальными соглашениями (картелями). Основным предметом исследования статьи является законодательство США и ЕС по борьбе с картелями. Рассмотрены экономические, правовые и исторические аспекты данного вопроса на примере некоторых стран. Отмечается важность совершенствования законодательства стран СНГ по борьбе с картелями с учётом международного опыта в этой области.

The article provides the study on international practices and legislation on fighting illegal horizontal agreements (cartels). The main study subject of this article is the legislation of USA and EU on fighting cartels. Due to course, there are made references to the economic, legal and historical aspects of the issue, in different countries. At the conclusion, made a stress on the importance of the improvement of anti-cartel legislation of the CIS countries, by using the world experience in this field.

Ключевые слова: незаконные горизонтальные соглашения (картели), законодательство США и ЕС, законодательство стран СНГ.

Key words: illegal horizontal agreements (cartels), the legislation of USA and EU, legislation of the CIS countries.

Важным элементом в системе мер по обеспечению законности и правопорядка являются принимаемые на международном и внутригосударственном уровне по противодействию картельному сговору. Такие отношения в правовой и академической литературе обозначаются как горизонтальные или картельные соглашения.

По сути, целью создания картеля является достижение соглашения между компаниями, позволяющим совместно определять цены и качество товаров, устанавливать и ограничивать объемы производства и продаж определенных товаров и услуг, разделять между собой рынки как по группам товаров и потребителей, так и территориально. Результатом такой деятельности может быть получение необоснованного дохода за счет манипуляции цен, неудовлетворенный спрос, т.е. искусственно созданный дефицит товаров и услуг, барьеры входа на данный товарный рынок для потенциальных конкурентов, и т.д. Общий правовой негатив здесь обозначен в формате нарушения юридического равенства субъектов правоотношений.

Следует отметить, что расследование картелей является сложным процессом, включающим в себя изучение правовых аспектов дела, анализ товарного рынка, проведение необходимых оперативно-розыскных мероприятий и других видов деятельности.

Формирование картелей современного типа отмечается в развитых странах с последней четверти XIX в. в связи с переходом процесса индустриализации на новый этап. Поэтому появление законодательства по противодействию картельному сговору приходится на конец XIX – начало XX в. Естественно, что и до этого существовали похожие на карте-

ли отношения в производстве, и особенно в торговле, а также рычаги их административного регулирования.

Существуют многочисленные и разносторонние исследования, доказывающие опасность картельного сговора для общества и правопорядка в целом. Американский ученый Эдвард Мейсон, исследовавший характеристики института картельного сговора и последствия картелей как феномена пришел к выводу, что картели могут привести к еще большему международным конфликтам. Соответственно, он отмечал, что “картели создали Гитлера, а Гитлер начал войну”². Социально-правовую опасность картельных соглашений для правопорядка предметно подтверждал в своих трудах и Адам Смит³.

Бывший канцлер ФРГ Людвиг Эрхард вынужден был констатировать, что “в экономической истории Германии число безработных не было так высоко, как во время процветания картелей. Картелям всегда сопутствовал низкий уровень стандарта жизни”⁴.

Первая статья антитрестовского закона – акта Шермана, принятого в США в 1890 г. направлена на борьбу с незаконными горизонтальными соглашениями. В ст. 1 “Горизонтальные ограничения торговли и связи между конкурентами” (Horizontal Restraints of Trade and Communications Among Competitors) указано следующее: “незаконными объявляются соглашения и объединения в форме треста или в какой-либо иной форме, тайные сговоры и иные действия, направленные на ограничения промышленности или торговли между штатами или с иностранными государствами. Каждое лицо, вступившее в соглашение или участвующее в объединении или сговоре, объявленных настоящей статьёй

¹ Диссертант Института философии и права Национальной академии наук Азербайджана (НАНА) (E-mail: egojayev@hotmail.com). Eldar Gojayev, dissertator of the Institute of Philosophy and Law of the National Academy of Sciences of Azerbaijan (E-mail: egojayev@hotmail.com).

² Mason E.S. ‘Cartels and American Security’, in Controlling World Trade: Cartels and Commodity Agreements. New York, 2008. P. 280.

³ См.: <http://anticartel.ru/page/cartel-danger/>

⁴ Ludwig Erhard. Wohlstand für alle (Prosperity for all). Düsseldorf/Vienna. 8th edition. 1964. P. 185 f.

незаконными, считается виновным в совершении уголовного преступления, за что ему грозит наказание в виде штрафа, не превышающего 100 млн долларов США (для корпораций), или 1 млн. долларов США (для физических лиц), или тюремное заключение сроком не более 10 лет, или оба наказания одновременно, по усмотрению суда”⁵.

Как видно из санкций, установленных в ст. 1 закона Шермана, за противоправные действия, перечисленные в данной статье, предусмотрены достаточно тяжелые наказания. Суммы и срок предусмотренных наказаний неоднократно изменялись в сторону ужесточения. В отличие от соответствующего конкурентного законодательства Европейского Союза, по антitrustовскому законодательству США участие в создании горизонтальных сообществ типа трест считается тяжким преступлением, за которое предусмотрено уголовное наказание, т.е. по антitrustовскому законодательству США участие в соглашениях, тайных сговорах и любых объединениях экономических субъектов, направленные на ограничение промышленности или торговли криминализируется.

Необходимо отметить, что, в отличие от ст. 101 Договора о создании Европейского Союза (ЕС), в ст. 1 закона Шермана не определены конкретные виды соглашений и действий, являющиеся незаконными. Решения по конкретным делам выносятся с учетом действующих нормативных актов и на основе соответствующей судебной практики.

Нормы по борьбе с незаконными соглашениями, предусмотренными ст. 1 закона Шермана, впоследствии были приняты в Европе и других регионах мира. Тем самым наступил новый этап развития конкурентного права. В настоящее время в этой области существует ряд принципов, модельные законы, нормы, разработанные международными и региональными организациями. Таким образом, меры мирового сообщества по противодействию картельному сговору были институализированы в формате специального юридического института.

Термин “картель” является производным от немецкого слова “*kartel*” (по лат. *carta* – документ), в законодательстве США (анг. *cartel*) ему соответствует термин “*Industrial combination*” (объединение промышленных монополий) и под ним понимается объединение хозяйственных субъектов. Сегодня в законодательстве ряда государств мира “картель” как термин для определения соответствующих отношений не востребован, но им широко пользуются в научной литературе, официальных документах и нормативных актах.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 “Договора о проведении согласованной антимонопольной политики”, который, по сути, играет роль типового закона об антимонопольной деятельности для стран Содружества Независимых Государств (СНГ), такие отношения определяются как “*антиконкурентные соглашения между хозяйствующими субъектами и другие виды согласованных действий, которые могут ограничивать свободу конкуренции на товарных рынках или соответствующей их части*”⁶. Аналогично схожие формулировки можно видеть и в соответствующих законодательствах стран СНГ. Например, в ст. 10 Закона Азербайджанской Республики “Об антимонопольной деятельности” такие отношения определяются как “*неправомерные горизонтальные*

соглашения”⁷ или “*соглашения, заключаемые между конкурирующими субъектами*”⁸.

Необходимо отметить, что до Второй мировой войны, в некоторых странах мира состояние конкурентной среды и законодательства отличалось своими особенностями. Например, в Японии, где бизнес основывался на семейных и родственных связях, данная особенность облегчала для правительства создание элитарности атмосферы с привлечением таких финансовых и промышленных гигантов, как “*заибатсу*”. “*Заибатсу*” – слово японское, буквальное значение которого использовалось при обозначении промышленных и финансовых конгломератов. Их мощь позволяла контролировать значительную часть японской экономики в период между двумя мировыми войнами.

Учитывая историческую ситуацию и особенности экономического положения страны, это же можно отнести и к формированию конкурентного законодательства в Республике Корея. Здесь в экономике господствовали “*чаэболы*”, аналогично японским заибатсу, немецким картелям, американские трестам, французским и английским монополиям. Говоря конкретно о Республике Корея, уместно отметить, что там немного позже, в 60-х годах XX в., в условиях усиления военно-политической напряженности в стране началось формирование конкурентного законодательства.

Позиционно, независимо от участия на международном или национальном уровне, в академической литературе термин “картель” в основном используется для обозначения нижеуказанных действий или соглашений: прямая или косвенная манипуляция ценами на товарном рынке, т.е. фиксирование (определение) цен между двумя и более хозяйственными субъектами; соглашение по принципу территориальности (раздел территорий), соглашение по продаже определенных товаров или услуг (раздел по товарам), соглашение о непривлечении клиентов или потенциальных клиентов друг друга (раздел по клиентам) между двумя или более хозяйственными субъектами, расцениваемое как разделение рынка; соглашение об ограничении входа в рынок нового соперника и отказе (бойкот) ведения с ним деловых связей, между двумя или более хозяйственными субъектами, именуемое как коллективный бойкот; тайное соглашение, именуемое как тендерные (конкурсные) соглашения, для победы определенной компании в тендере, отказ от участия в тендере или участие в тендере наряду с другими компаниями с более невыгодным предложением (например, повышенная цена) и получение выгоды от данного тендера или других тендеров.

По ст. 101 Договора о создании ЕС запрещаются определенные соглашения между хозяйственными субъектами, действующими в рамках соответствующего товарного рынка. В первую очередь к таким отношениям относятся незаконные соглашения, напрямую влияющие на деятельность других хозяйственных субъектов и выбор потребителей различными способами (цена, качество, территория рынка, объем производства, группа производителей и т.д.).

Определенная в первой части ст. 101 Договора о создании ЕС классификация действий, направленных на ограничение конкуренции, являющиеся по своей юридической сути нарушением законодательства и за которые предусмотрено применение наказания, обозначает себя в следующих категориях: “*а) фиксирование прямым или косвенным образом цен покупки или продажи, либо других условий торговли; б) ограничение или контроль производства, сбыта, технического*

⁵ <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>

⁶ http://fas.gov.ru/international-partnership/partnership-cis-participants/interstate-council-for-antimonopoly-policy/legal-basis-of-icap/legal-basis-of-icap_50321.html

⁷ Antiinhisar fəaliyyəti haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu. № 526. 4 mart 1993-cü il. Bakı.

⁸ Там же.

развития или инвестиций; с) раздел рынков или источников снабжения; d) применение к торговым партнерам неравных условий в отношении одинаковых сделок, ставя их тем самым в неблагоприятное конкурентное положение; e) подчинение заключения договоров условию о принятии на себя партнерами дополнительных обязательств, которые по своему характеру или в силу торговых обычаев не связаны с предметом этих договоров”⁹.

В то же время необходимо учитывать, что не все горизонтальные соглашения являются незаконными. С учетом подобных ситуаций, для некоторых соглашений, подпадающих под влияние диспозиции ч. 1 ст. 101 предусмотрены исключения в ч. 3 данной статьи. В частности, исключения применяются: “– к любому соглашению или категории соглашений между предприятиями, – к любому решению или категории решений объединений предприятий и – к любой согласованной практике или категории такой практики, которые способствуют улучшению производства или распределения продукции либо развитию технического или экономического прогресса при сохранении для потребителей справедливой доли вытекающей из них прибыли и при условии, что подобные соглашения, решения или практика: а) не накладывают на заинтересованные предприятия ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей; б) не предоставляют предприятиям возможности исключать конкуренцию в отношении существенной доли соответствующей продукции”¹⁰.

В соответствии с ч. 3 ст. 101 Договора о создании ЕС исключения применяются по некоторым запретам, указанным в ч. 1 той же статьи, т.е. при исполнении определенных условий соглашения между хозяйственными субъектами могут освободиться от части ограничений.

В законодательстве и практике большинства стран существует два подхода в оценке действий, связанных с влиянием на экономическую и конкурентную среду на товарном рынке, оказываемым совместными и согласованными действиями конкурирующих хозяйственных субъектов. В академической литературе и на практике возникающие ситуации, в зависимости от видов нарушений, оцениваются на основании принципа “*per se*” – “принцип безусловного запрета” (“по букве”) или “*rule of reason*” – “правила разумности” (“правила разумного подхода” или “правила взвешенного подхода”). Применению этих принципов уделяется значительное внимание при оценке большинства горизонтальных и вертикальных договоров.

В случае применения принципа “*per se*” не требуется проведение основательного исследования о фактическом влиянии соглашения на соответствующий рынок или выяснение истинных намерений хозяйственных субъектов. Для того чтобы признать хозяйственные субъекты нарушителями, исходя из принципа “*per se*”, достаточно только факта определенного поведения и действий с их стороны.

Этот принцип распространяется на определенные виды нарушения конкурентного законодательства. Практика показывает, что определенные виды соглашений между хозяйствующими субъектами, действующими на одном рынке настолько вредны для конкуренции и для потребителей, что такие действия должны быть однозначно запрещены. Примерами действий, считающимися нарушением “*per se*” являются соглашения по ценам, соглашения по тендерным сделкам, раздел рынков по принципу территориальности,

товарам и потребителям, бойкот определенного хозяйственного субъекта.

Следует отметить, что по конкурентному законодательству для того чтобы действия считались “*per se*” нарушением закона, требуется наличие соглашения. “Соглашение может быть заключено в специальной форме, в виде подписанного документа (договор), устно, а также в виде согласованных действий (например, в случае определенного поведения и действий сразу же после регулярных встреч между конкурентами). Так как для совместных действий требуется более одного лица, то одностороннее независимое коммерческое решение хозяйственного субъекта не отвечает сути договора”¹¹.

При применении принципа “*rule of reason*” определяется совокупность условий, влияющих на предотвращение или усиление конкуренции на товарном рынке. В отличие от нарушения “*per se*”, здесь намерения и мотивы оцениваются, и возможные результаты действий хозяйствующих субъектов анализируются и прогнозируются. В случаях применения “*rule of reason*” при определении факта нарушения закона учитываются специфические характеристики данного рынка и факторы реального и потенциального влияния, время нарушения, правовые, политические, социальные и другие аспекты. Если исследуемое поведение (деяние) направлено на ослабление конкуренции на рынке, то это правонарушение считается необоснованным и наказуемым. В противном случае такие соглашения допускаются.

В отличие от нарушений “*per se*”, принцип “*rule of reason*” применяется в случае, когда влияние соглашения между хозяйственными субъектами на конкурентную среду и потребителей не столь однозначно и без дополнительного анализа невозможно определить, является ли соглашение антиконкурентным, проконкурентным или не оказывает влияние на конкурентную среду.

На основании такого подхода, соглашение или незаконно и таким образом не требует, как в случае нарушений “*per se*”, более глубокой оценки, или, как в случае оценки на основании принципа “*rule of reason*” должен быть осуществлен сбалансированный анализ, учитывающий все потери и выгоды от подобных действий. “Если суд (или орган, рассматривающий конкретное дело. – Э.Г.) установит, что потери от договора больше, чем выгода, тогда такие действия считаются необоснованными и, соответственно, соглашение является незаконным ограничением торговли (предпринимательской деятельности)”¹².

Обоснованный подход к принципу “*rule of reason*” отмечен впервые в 1911 г. и связан с делом “Стандарт Ойл” (продолжалось более 12 лет), использование прецедентного случая Верховным Судом США для оценки деятельности компании в решении суда первой инстанции. “Несмотря на отсутствие доказательств фактического применения этого принципа в данном деле, судья Уайт утвердил необходимость оценки действий такого рода на основании принципа “*rule of reason*”¹³.

Принцип “*rule of reason*” находит применение не только в оценке горизонтальных и вертикальных соглашений между хозяйствующими субъектами рынка, но и в отношении действий со стороны предприятий, имеющих доминирующее положение на товарном рынке.

Европейский Союз объявил борьбу с картелями своей приоритетной задачей. Динамика деятельности в этой облас-

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

¹⁰ Treaty on Establishing the European Community (Consolidated Version). Rome. 1957. Par. 2. Article 101.

¹¹ http://www.atg.wa.gov/antitrustguide.aspx#U_LXHfl_vfJ

¹² http://www.atg.wa.gov/antitrustguide.aspx#U_LXHfl_vfJ

¹³ Арментао Д. Антитраст против конкуренции / Пер. с англ. А. Куряева. М., 2005. С. 119, 120, 431.

ти показывает, что с каждым годом растет количество выявленных картельных нарушений и объем санкций, применяемых за такие правонарушения.

Компании, в отношении которых применены санкции, имеют право опротестовать решение Европейской Комиссии. Но при ознакомлении с практикой Европейского суда первой инстанции и Европейского суда правосудия выясняется, что на практике очень трудно добиться удовлетворения такой апелляционной жалобы. Как правило, суд не отменяет штрафы определенные Европейской Комиссией, а достижение уменьшения санкций в малом объеме считается в этой области успешным исходом дела для истца. Причиной тому является многосторонность и основательность процесса доказательства в картельных расследованиях на разных этапах расследования ещё до принятия Европейской Комиссией окончательного решения.

Европейская Комиссия ведет борьбу с картелями, постоянно совершенствуя и реформируя соответствующее законодательство. Так, на основании правил, принятых в 2006 г. (Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation no. 1/2003) для компаний, нарушивших ранее ст. 101 или 102 договора ЕС, при повторном нарушении наказание удваивается.

Чтобы повысить эффективность расследования, облегчить или даже свести до возможного минимума работу по расследованию картелей, Европейская Комиссия внесла некоторые изменения в указанные правила. *“В итоге при соблюдении определенных условий предусмотрено даже полное освобождение от штрафа компании, одной из участников соглашения”*¹⁴.

В течение последних 10 лет обсуждается очень важный вопрос – регулирование компенсаций пострадавшим, вместо назначения штрафа со стороны Европейской Комиссии. Решение этого вопроса явилось бы более выгодным для разных компаний и потребителей с экономической стороны и справедливым с точки зрения права, а также было бы прецедентным в использовании на национальном уровне, как государствами-членами ЕС, так и другими странами мира. Кроме того, с процессуальной точки зрения это способствовало бы увеличению числа сторон, заинтересованных в раскрытии картелей.

По существующим в ЕС правилам предприятие или лицо, пострадавшее от действия картеля может обратиться в национальные суды государств-членов ЕС для получения компенсации. Процессуальные разбирательства в национальных судах и определение компенсируемой суммы компенсации является дополнительной штрафной нагрузкой к уже назначенному Европейской Комиссией штрафу компании-нарушителю.

На основании законодательства ЕС, каждое лицо, пострадавшее от нарушения конкурентного законодательства ЕС имеет право на компенсацию. Несмотря на это, количество обращений в национальные суды с этой целью очень мало. Надо признать, что на практике это очень затруднительно, особенно для малых предпринимателей и потребителей. *“Именно поэтому в 2007–2013 годах в порядке гражданского иска только 25% из всех дел возбуждено в связи с возмещением ущерба за выявленные Европейской Комиссией нарушения, и это в основном сделано со стороны больших компаний”*¹⁵.

В целях совершенствования правил и устранения трудностей в процессе обращения в суд для возмещения ущерба в связи с нарушением антимонопольного законодательства, по предложению Главного Директората по Конкуренции ЕС, Европейская Комиссия в июле 2013 г. приняла Директиву о деятельности по антимонопольным искам. *“17 апреля 2014 г. текст этой Директивы был согласован между*

*Парламентом и Советом ЕС и послан в Совет Министров для окончательного согласования и принятия”*¹⁶.

На основании этого документа: *“пострадавший может получить компенсацию, как за фактические потери, так и за упущенную выгоду; установлены точные правила определения срока для предъявления иска и определением достаточного времени предоставляется более широкие возможности пострадавшим; в случае предъявления гражданского иска в суд, в отношении участника картеля, подпадающего под действие программы снисходительности (“Leniency Program”), предусмотрены некоторые гарантии, смягчающие его ответственность; с заявителя снимается обязанность доказывания фактами наличия нарушения; необходимые доказательства становятся более доступными для пострадавших и охрана секретных материалов дела обеспечивается на более высоком уровне”*¹⁷ и т.д.

Антитрестовское законодательство США по отношению к картелям более строгое. Обыски, прослушивание телефонов, проверка персональных компьютеров, допрос лиц на предприятиях, подозреваемых в таких действиях, являются обычными действиями, проводимыми органами конкуренции США. За последние 10 лет, многие страны – члены ЕС приняли соответствующие правила, позволяющие использование практики, аналогично США.

Кроме того, антитрестовское законодательство США отличается ещё и суровостью наказания. К этому относятся штрафы в большом объеме, применение финансовых санкций возмещения ущерба, нанесенного предприятиям и потребителям, требования по восстановлению нарушенного равновесия в конкурентной среде и проведение определенных действий для его сохранения (или воздержание от проведения определенных действий) и назначение обязательств, а так же наказание в виде лишения свободы в отношении лиц (включая руководителей и менеджеров самых влиятельных компаний и официальных лиц правительства), совершивших правонарушение. Учитывая серьезность проблемы, *“правительство США в 2004 г. повысило максимум штрафа, применяемый в отношении юридических лиц от 10 млн. до 100 млн. долларов, а наказание арестом до 10 лет”*¹⁸.

В странах, где расследуются и выявляются картельные соглашения, особое значение имеет получившая широкое распространение *“Leniency Program”* – “программа снисходительности”. Суть программы состоит в том, что в целях пресечения действия картельных соглашений, их раскрытия, предотвращения последствий в отношении компаний, которые своевременно сообщают конкурентному органу существенную информацию, в отношении такого участника данной картели предусматривается смягчающее наказание (в основном штраф, финансовые санкции, проведение (или не проведения) определенных действий, лишения свободы и др.) или при определенных условиях, полное освобождение от наказания.

Анализируя законодательство по борьбе с картелями и результаты практики разных стран по его применению можно прийти к выводу, что залогом успешной борьбы является постоянное усовершенствование законодательства и институциональной базы, а также активное и последовательное применение международного опыта в этой области.

Международно-правовая включенность государств – членов Содружества Независимых Государств в дело по противодействию картельному сговору содействует обеспечению международной законности и правопорядка.

¹⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/I26118_en.htm

¹⁵ <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/211/chapters/2460/>

¹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm

¹⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//EN>

¹⁸ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/208479.htm>