

Российская Федерация
Дискуссия на тему «Рассмотрение горизонтальных картелей,
образованных с помощью вертикальных соглашений»
Комитет по конкуренции ОЭСР
4 декабря 2019 года

Краткое изложение

Сложность связи между участниками данного сговора создает трудности в правовой квалификации таких отношений и их эффективном доказательстве при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Законодательство Российской Федерации не предусматривает единого определения соглашения вида hub-and-spoke.

Во-первых, такое соглашение не может быть квалифицировано как картель. Согласно части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции картелем признается соглашение между конкурирующими (продающими или покупающими товары на одном и том же рынке) хозяйствующими субъектами. Участники соглашения вида hub-and-spoke ведут деятельность на разных рынках, соответственно, их соглашение не может быть квалифицировано как картель, даже если оно приводит к поддержанию цен или отказу от заключения контракта с определенными организациями.

Во-вторых, несмотря на то, что соглашение подпадает под соответствующее определение, оно не может быть квалифицировано как вертикальное так как отношения между конкурентами (spokes) горизонтальны.

Один из возможных вариантов - квалифицировать это соглашение как «другое» соглашение, которое ведет или может привести к ограничению конкуренции (часть 4 статьи 11). Тем не менее, при определении таких соглашений должен применяться «разумный подход» так как они не запрещены и их влияние на конкуренцию должно быть доказано.

Другой вариант - отдельно квалифицировать горизонтальные и вертикальные отношения. В этом случае горизонтальные отношения могут рассматриваться как картель, а вертикальные - как «вертикальное» соглашение или как координация экономической деятельности.

Соглашение hub-and-spoke не всегда может быть квалифицировано как вертикальное. Оцениваемое отдельно от горизонтальных отношений, оно может быть либо законным с точки зрения антимонопольного законодательства, либо допустимым, например, из-за низкой рыночной доли его участников. Кроме того, в некоторых случаях конкуренты (spokes) могут

вступать в косвенные договорные отношения с центральным вертикальным элементом (hub).

Координация экономической деятельности больше подходит для квалификации данного вида соглашения, поскольку она может охватывать отношения между всеми участниками и не подпадает под определенные исключения для вертикальных соглашений. Кроме того, координация экономической деятельности имеет те же последствия, что и картель - доказательство этого нарушения не требует оценки воздействия на конкуренцию и может быть выполнено в комплексе с анализом горизонтальных отношений.

Кроме того, существует возможность квалифицировать данные действия одновременно по части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, то есть заключение картеля и по части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции – заключение иного соглашения.

Касаемо вопроса расследования соглашений hub-and-spoke, учитывая, что в настоящее время почти все экономические процессы перешли или переходят в цифровое пространство, способы взаимодействия между хозяйствующими субъектами меняются. В связи с этим меняется и методика расследований антиконкурентных соглашений и иных действий, направленных на ограничение конкуренции. Такая методика должна включать обзор веб-сайтов, извлечение и анализ электронных сообщений, а также потенциальное участие инструментов поиска и представления электронных документов, включая инструменты, позволяющие восстановить удаленные сообщения, провести обзор программного обеспечения, используемого в конкретном случае, его технические испытания и технических специалистов. Некоторые из этих методов уже использовались ФАС России при расследовании антиконкурентных соглашений.

Горизонтальные картели, образованные с помощью вертикальных соглашений

Соглашение вида hub-and-spoke – это сочетание соглашения между конкурентами (spokes) и соглашений каждого конкурента с вертикальным элементом (hub), который может быть их общим поставщиком или клиентом. Как правило, соглашения с вертикальным элементом и являются вертикальными соглашениями. Главной особенностью соглашения hub-and-spoke является то, что связь между конкурентами является косвенной и

осуществляется через общий центр, который затем обменивается информацией с другими участниками.

Сложность связи между участниками данного сговора создает трудности в правовой квалификации таких отношений и их эффективном доказательстве при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Законодательство Российской Федерации не предусматривает единого определения соглашения вида hub-and-spoke.

Во-первых, такое соглашение не может быть квалифицировано как картель. Согласно части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции картелем признается соглашение между конкурирующими (продающими или покупающими товары на одном и том же рынке) хозяйствующими субъектами. Участники соглашения вида hub-and-spoke ведут деятельность на разных рынках, соответственно, их соглашение не может быть квалифицировано как картель, даже если оно приводит к поддержанию цен или отказу от заключения контракта с определенными организациями.

Во-вторых, несмотря на то, что соглашение подпадает под соответствующее определение, оно не может быть квалифицировано как вертикальное так как отношения между конкурентами (spokes) горизонтальны.

Один из возможных вариантов - квалифицировать это соглашение как «другое» соглашение, которое ведет или может привести к ограничению конкуренции (часть 4 статьи 11). Тем не менее, при определении таких соглашений должен применяться «разумный подход» так как они не запрещены и их влияние на конкуренцию должно быть доказано.

Другой вариант - отдельно квалифицировать горизонтальные и вертикальные отношения. В этом случае горизонтальные отношения могут рассматриваться как картель, а вертикальные - как «вертикальное» соглашение или как координация экономической деятельности.

Соглашение hub-and-spoke не всегда может быть квалифицировано как вертикальное соглашение. Оцениваемое отдельно от горизонтальных отношений, оно может быть либо законным с точки зрения антимонопольного законодательства, либо допустимым, например, из-за низкой рыночной доли его участников. Кроме того, в некоторых случаях конкуренты (spokes) могут вступать в косвенные договорные отношения с центральным вертикальным элементом (hub).

Координация экономической деятельности больше подходит для квалификации данного вида соглашения, поскольку она может охватывать отношения между всеми участниками и не подпадает под определенные исключения для вертикальных соглашений. Кроме того, координация

экономической деятельности имеет те же последствия, что и картель - доказательство этого нарушения не требует оценки воздействия на конкуренцию и может быть выполнено в комплексе с анализом горизонтальных отношений.

Кроме того, существует возможность квалифицировать данные действия одновременно по части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, то есть заключение картеля и по части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции – заключение иного соглашения.

В качестве примера координации экономической деятельности можно привести три дела в отношении импортеров смартфонов и планшетов, которые рассматривались ФАС России в 2017-2019 годах. Во всех этих трех делах импортер (являясь единственным уполномоченным представителем иностранного производителя в России) устанавливал «рекомендованные розничные цены» на свои товары для розничных торговых посредников. Контроль за соблюдением «рекомендованных розничных цен» был достигнут путем мониторинга цен, проводимого импортерами. Если мониторинг цен показывал, что какой-либо из посредников установил цены ниже рекомендованных, то конкуренты информировали импортера о нарушении и требовали, чтобы «нарушающие» посредники привели цены в соответствие – в противном случае они обещали тоже их снизить. Импортер оказывал воздействие на торговых посредников и заставлял их придерживаться «рекомендованных розничных цен» под угрозой приостановки поставок - поставки продолжающим нарушать соглашение торговым посредникам были приостановлены. ФАС России удалось доказать противоправную координацию экономической деятельности, осуществляемую всеми тремя импортерами. Несмотря на это, ФАС не наказала посредников.

Сложность квалификации соглашений hub-and-spoke также влечет ряд других последствий. Например, субъектом программы освобождения от ответственности (предусмотренной примечанием 1 к статье 14.32 КоАП) может быть только участник соглашения. Соответственно, такая возможность отсутствует у центрального вертикального элемента соглашения если его действия квалифицируются как противоправная координация экономической деятельности. В то же время ответственность за координацию экономической деятельности значительно ниже, чем ответственность за участие в картеле - она не предусматривает оборотного штрафа и уголовную ответственность, которая в соответствии с российским законодательством может применяться за участие в картеле. Это может привести к несоразмерности наказания конкурентов (spokes) и центрального вертикального элемента (hub).

Еще одна сложность, связанная с соглашениями hub-and-spoke, заключается в проблематичности установления и доказательства горизонтальных

соглашений. Суть взаимоотношений между участниками таких соглашений подразумевает, что между конкурентами нет прямой связи, так как все взаимодействие осуществляется через центральный вертикальный элемент. Соответственно, антимонопольный орган должен доказать, что переписка с участием посредника фактически является антиконкурентным соглашением даже без явных контактов между сторонами.

Хотя российское законодательство не использует критерий аналогичный применяемому в Великобритании тесту A/B/C, ФАС России успешно доказала существование неправомерного обмена информацией при рассмотрении дел схожих с соглашениями hub-and-spoke. Так, например, в 2018 году при наличии следующих обстоятельств ФАС России вынесла решение по делу о запорно-пломбировочных устройствах¹. С 2008 года производители ЗПУ заключили антиконкурентное соглашение и участвовали в нем. Целью соглашения было установление и поддержание цен, а также раздел товарного рынка по объему продажи и составу покупателей (потребителей) ЗПУ, используемых при осуществлении перевозок железнодорожным транспортом. ЗАО «Отраслевой центр внедрения» координировало деятельность производителей ЗПУ с целью установления цен на отдельные виды устройств.

Участники картеля и координатор при помощи специального программного обеспечения активно обменивались информацией, что позволяло контролировать жизненный цикл любого ЗПУ с момента производства, продажи и до утилизации. Это специальное программное обеспечение находилось в помещениях ЗАО «ОЦВ». Доступ к программе с возможностью внесения данных и контроля деятельности имели все участники картеля. По итогам рассмотрения дела действия продавцов запорно-пломбировочных устройств были квалифицированы как картель (ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции), а действия ЗАО «ОЦВ» как незаконная координация экономической деятельности (ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Данный кейс также отражает то, что, учитывая современные реалии, наибольшую актуальность приобретают ограничения конкуренции, связанные с цифровым элементом. В соглашениях hub-and-spoke хозяйствующие субъекты конкуренты и центральный вертикальный элемент могут использовать различные инструменты, например, ценовые алгоритмы и аукционные роботы. Использование таких инструментов само по себе не является противоправным, но в некоторых случаях их присутствие может вызывать опасения у конкурентного ведомства.

¹ Запорно-пломбировочное устройство (ЗПУ) - механическое приспособление однократного использования, препятствующее несанкционированному доступу и позволяющее визуализировать факт вмешательства. Ежегодная капитализация рынка ЗПУ в Российской Федерации составляет более 10 млрд. руб.

В прошлом году ФАС России вынесла решение в отношении двух хозяйствующих субъектов конкурентов, которые заключили картель с целью поддержания цен на торгах. Антимонопольный орган установил, что в целях реализации заранее выработанной стратегии поведения, 2 компании в части электронных аукционов, в которых они принимали участие, устанавливали лимит снижения для аукционных роботов – 0,5% с шагом в 0,5% и подавали одинаковые ценовые предложения. Несмотря на то, что этот картель не включал в себя вертикальный элемент, использование таких технологий могло содействовать формированию соглашения вида hub-and-spoke и способствовать косвенной связи между конкурентами.

Касаемо вопроса расследования соглашений hub-and-spoke, учитывая, что в настоящее время почти все экономические процессы перешли или переходят в цифровое пространство, способы взаимодействия между хозяйствующими субъектами меняются. В связи с этим меняется и методика расследований антиконкурентных соглашений и иных действий, направленных на ограничение конкуренции. Такая методика должна включать обзор веб-сайтов, извлечение и анализ электронных сообщений, а также потенциальное участие инструментов поиска и представления электронных документов, включая инструменты, позволяющие восстановить удаленные сообщения, провести обзор программного обеспечения, используемого в конкретном случае, его технические испытания и технических специалистов. Некоторые из этих методов уже использовались ФАС России при расследовании антиконкурентных соглашений, в том числе в вышеупомянутых делах в отношении торговых посредников, реализующих смартфоны и планшеты.

Одним из наиболее актуальных вызовов является данная трансформация экономики, которая порождает необходимость разработки новых методов расследования и сложности, связанные с идентификацией действий лиц в цифровом пространстве.