



**МОСКОВСКОЕ ОТДЕЛЕНИЕ
АССОЦИАЦИИ ЮРИСТОВ РОССИИ**

**Комиссия по совершенствованию
антимонопольного законодательства**

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА
СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ
И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ**

Монография

(к пятилетию Комиссии по совершенствованию
антимонопольного законодательства
Московского отделения Ассоциации юристов России)

*Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор
М.А. Егорова*

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2020

УДК 346.546
ББК 67.404
А43

*Рекомендовано к изданию
Комиссией по совершенствованию антимонопольного законодательства
Московского отделения Ассоциации юристов России*

Рецензент:

Андрей Геннадьевич Цыганов – Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы России, кандидат экономических наук, Заслуженный экономист России, ведущий научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, Председатель методического совета Федеральной антимонопольной службы России.

А43 Актуальные вопросы конкурентного права: современные тенденции и перспективы развития : монография / Московское отделение Ассоциации юристов России; Комиссия по совершенствованию антимонопольного законодательства / отв. ред. М.А. Егорова. — М. : Юстицинформ, 2020. — 208 с.

ISBN 978-5-7205-1642-0

В монографии представлены научные исследования членов Комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского отделения Ассоциации юристов России, а также ведущих специалистов в сфере конкурентного права, подготовленные к юбилею Комиссии. Рассмотрены концептуальные вопросы развития современного конкурентного права России и перспективы его дальнейшего совершенствования. Монография подготовлена к пятилетию создания комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского регионального отделения Ассоциации юристов России

Для преподавателей, научных и практических работников, работников органов государственной власти, работников антимонопольных служб, студентов, магистрантов, аспирантов, а также для всех, кто интересуется проблемами предпринимательского и конкурентного права.

Ключевые слова: государственная антимонопольная политика, антимонопольное регулирование, конкуренция.

УДК 346.546
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1642-0

© ООО «Юстицинформ», 2020



**MOSCOW BRANCH OF THE ASSOCIATION
OF THE LAWYERS OF RUSSIA**

**Commission on Improving
of Antimonopoly Legislation**

**CURRENT ISSUES
OF COMPETITION LAW
CONTEMPORARY TRENDS
AND DEVELOPMENT PROSPECTS**

Monograph

(for the fifth anniversary of Commission on Improving of
Antimonopoly Legislation of Moscow branch
of the Association of the Lawyers of Russia)

*Edited by
Doctor of Law, Professor
M.A. Egorova*

Moscow
YUSTITSINFORM
2020

УДК 346.546
ББК 67.404
А43

*Recommended for publication by
Commission on Improving of Antimonopoly Legislation
at Moscow Branch of the Association of the Lawyers of Russia*

Reviewer:

Andrey Tsyganov – Deputy head of the Federal Antimonopoly service of Russia, PhD in Economics, Honored economist of Russia, leading researcher of the competition and industrial policy Department of the faculty of Economics of Lomonosov University, Chairman of the methodological Council of the Federal Antimonopoly service of Russia.

A43 **Current issues of competition law: contemporary trends and development prospects** : monograph / Moscow branch of the Association of the Lawyers of Russia; Commission on Improving of antimonopoly legislation / ed. by M. Egorova. – М . : Yustitsinform, 2020. — 208 p.

ISBN 978-5-7205-1642-0

The monograph presents research by members of the Commission on improving of Antimonopoly Legislation of the Moscow branch of the Association of the Lawyers of Russia, as well as leading experts in the field of competition law, prepared for the anniversary of the Commission. The conceptual issues of the development of modern competition law in Russia and the prospects for its further improvement are considered. The monograph is prepared for the fifth anniversary of the creation of Commission on Improving of Antimonopoly Legislation of Moscow branch of the Association of the Lawyers of Russia.

For teachers, researchers and practitioners, employees of public authorities, employees of antimonopoly bodies, students, undergraduates, postgraduates, as well as for anyone interested in issues concerning business and competition law.

Keywords: state antimonopoly policy, antimonopoly regulation, competition.

УДК 346.546
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1642-0

© LLC «Yustitsinform», 2020

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	7
Авторский коллектив	22
ГЛАВА I. КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	25
§ 1. Конкуренция и рынок в историческом аспекте (<i>Серёгин Д.И.</i>)	25
§ 2. О правовых аспектах совершенствования антимонопольного регулирования и контроля в условиях мирового экономического кризиса (<i>Писенко К.А.</i>)	33
§ 3. Перспективы разработки цифрового Кодекса Российской Федерации о конкуренции (<i>Максимов С.В.</i>)	43
§ 4. Система регулирования естественных монополий как важная составляющая государственной конкурентной политики (<i>Белых В.С., Гагарина И.В.</i>)	51
§ 5. Об исключениях для прав интеллектуальной собственности в российском антитрасте: каковы рамки дискуссии? (<i>Шаститко А.Е., Радченко Т.А.</i>)	61
§ 6. Глобализация, цифровизация и защита конкуренции как факторы совершенствования экономико-экологических аспектов правового регулирования механизма управле- ния земельными ресурсами (<i>Волкова Т.В.</i>)	68
§ 7. Антимонопольная реформа унитарных предприятий: задачи и пути реализации (<i>Молчанов А.В.</i>)	71
ГЛАВА II. ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	97
§ 1. Об актах недобросовестной конкуренции в разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 (<i>Городов О.А.</i>)	97
§ 2. Запрещение недобросовестной конкуренции: понятие и виды запретов (<i>Паращук С.А.</i>)	109

§ 3. Картельный сговор в электронной закупке: доказательства, предположения, фикции (<i>Беляева О.А.</i>)	125
§ 4. Участие в картеле, заключение картеля — какая разница? (<i>Шаститко А.Е.</i>)	141
§ 5. Антиконтурентная практика органов публичной власти по статье 15 Закона о защите конкуренции (<i>Кванина В.В.</i>)	149
§ 6. Совершенствование механизмов межведомственного взаимодействия в целях реализации Национального плана развития конкуренции в Российской Федерации (<i>Самолысов П.В., Булгакова М.А.</i>)	163
§ 7. Налоговая конкуренция в сфере администрирования доходов бюджетов: сущность и основные цели (<i>Белова С.Н.</i>)	173
§ 8. Материалы уголовного дела как доказательство в деле о нарушении антимонопольного законодательства (<i>Петров Д.А.</i>)	186
§ 9. Цифровые платформы по онлайн-бронированию средств размещения и оговорка о паритете цен в конкурентном праве: дело Booking.com (<i>Маслов А.О.</i>)	192

§ 4. Участие в картеле, заключение картеля — какая разница?

Шаститко А.Е.

Внутренние распри в государстве возникают не по причине мелочей, но из мелочей.

Аристотель

Введение

В рамках дискуссий, развернувшихся в связи с работой «регуляторной гильотины» по вопросам защиты и развития конкуренции, один из наиболее острых вопросов — внесение поправок в ст. 178 УК РФ. Несмотря на сравнительную лаконичность исходных формулировок данной статьи, обсуждается большое количество поправок, которые относятся как к размеру санкций за нарушение ст. 11 закона «О защите конкуренции», запрещающей картели на товарных рынках и сговоры на торгах, и к кругу лиц, к которым могут быть применены уголовные санкции, так и к условиям освобождения от уголовного преследования. Одна из возможных новелл — формулировка, согласно которой наказание распространяется как на тех, кто заключил картельное соглашение, так и на тех, кто в нём участвует:

*«**Заключение картеля, запрещённого антимонопольным законодательством Российской Федерации, а равно участие в нём, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере ...»***

Разумеется, возникают вопросы относительно того, чем участие в картеле отличается от его заключения и что нужно, чтобы проверить гипотезу об участии/неучастии в картеле конкретных физических лиц, раз уж речь идёт об уголовном преследовании в юрисдикции, где уголовные санкции в отношении юридических лиц не предусмотрены. А на фоне поставленных вопросов, где-то за кадром — ещё один: какая разница, заключал ли субъект соглашение или участвовал в нём или и то, и другое?

В данной работе будут подробно рассмотрены экономические аспекты вопроса о выборе режима антимонопольного принуждения

в связи с проектированием изменений и применением норм ст. 178 Уголовного УК РФ, учитывающим возможные различия между заключением картельного соглашения и участия в нём. В связи с этим в начале будет показано, в чём, собственно, состоит проблема. Затем на основе применения отдельных концепций из экономической теории будет обрисован контур подходов к её решению. В заключении сформулированы выводы, ориентированные на выбор оптимального режима применения уголовных санкций за нарушение ст. 11 закона «О защите конкуренции».

1. Постановка проблемы

Казалось бы, в чём проблема? Какая разница, заключал ли субъект картельное соглашение или только участвовал в нём? Если картельное соглашение — это не дешёвые разговоры, а совокупность незаконных правил, да ещё подкреплённых механизмами, обеспечивающими их соблюдение, то за таким соглашением должны стоять и действия, которые могут быть истолкованы как участие в картельном соглашении. Если рассматривать взаимодействие хозяйствующих субъектов, на которых распространяются нормы ст. 14.32 КоАП, то проблем не должно возникнуть. Есть должностные лица, которые уполномочены принимать решения, которые, по сути, рассматриваются как решения, приводящие к определённым действиям компании (хозяйствующего лица) на рынке. Чего нельзя сказать о распространении той же логики на физических лиц.

Для начала опишем варианты ситуации через призму соотношения «заключения соглашения vs. участие в соглашении».

		Участие в соглашении	
		Да	Нет
Заключение соглашения	Да	1	2
	Нет	3	4

Две симметричные ситуации, в которых всё довольно просто, — это ситуации 1 и 4. В первом случае сторона заключает соглашение и участвует в нём. Это привычная ситуация с заключением подавляющего большинства договоров. Причём без разницы, соответствуют

эти договоры законодательству или нет. Второй случай ещё проще — нет ни соглашения, ни участия в нём. Понятно, что сам по себе факт наличия или отсутствия соглашения часто приходится доказывать, особенно принимая во внимание формулировки ст. 4 закона «О защите конкуренции», определяющей, что такое соглашения в целях применения норм антимонопольного законодательства.

Напомним, что в соответствии с п. 18 указанной статьи соглашение — договорённость в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договорённость в устной форме. Соответственно, одно соглашение вполне может состоять из ряда документов, между которыми должна быть установлена определённая связь, а также (возможно) сопряжённых с указанными документами устных договорённостей. Далее мы не будем специально рассматривать вопрос о том, как доказывать факт наличия или отсутствия соглашения, но примем во внимание, что эта информация, тем более если речь идёт о противозаконном соглашении, может быть недоступна не только регулятору, но и множеству физических лиц, которые работают в компаниях — участниках картеля. Вряд ли в принципе противозаконная деятельность возможна в ситуации, когда о ней известно всем сотрудникам крупной компании.

Если было заключено соглашение, то из этого не следует, что оно в принципе выполняется или выполняется всеми заключившими его лицами. Это ситуация 2, которая может служить основанием для постановки вопроса о работоспособности заключённого соглашения, а также различной степени вины (например, для тех, кто заключил соглашение, не участвовал в нём, но и не сообщил регулятору о факте заключения и связанных с выполнением условий данного соглашения другими лицами). Данный аспект затронут, в частности, в (Шаститко, 2013)

Для предметного обсуждения поставленной проблемы стоит также учесть концептуальные различия между картелем как разновидностью нелегального соглашения (разрешенные экспортные картели не рассматриваются) и согласованными действиями, которые запрещены нормами ст. 11.1 закона «О защите конкуренции», а в экономической науке известны также как молчаливый, или неявный, сговор (*implicit collusion*). Хотя молчаливый сговор и может вести к по-

следствиям, которые аналогичны последствиям функционирования картеля (более высокие цены, меньшие объёмы сделок в натуральном выражении по сравнению с условиями конкуренции, перераспределение выигрыша потребителя в пользу субъектов монополистической деятельности, снижение эффективности — как статической, так и динамической), тем не менее механизм достижения данного результата таков, что его крайне сложно верифицировать при условии соблюдения строгих стандартов доказательства и действенной презумпции невиновности.

Соответственно, если не проверять гипотезы, объясняющие полученные результаты, но не основанные на предположении об антиконкурентном поведении, последовательно отказываясь от них на основе эмпирической проверки, то велик риск ошибки первого рода: получения вывода о нарушении антимонопольного законодательства. О проблемах, связанных с ошибками в правоприменении, в том числе в связи с применением норм антимонопольного законодательства, см. (Шаститко, 2011).

Такой механизм фактически указывает на то, как работает объективное вменение. В определённой мере это может быть описано ситуацией 3 из представленной выше таблицы, когда нет прямых свидетельств заключённого соглашения (по признакам из п. 18 ст. 4 закона «О защите конкуренции»), но тем не менее компании, действующие на рынке, считаются участвующими по факту в соглашении (потому и молчаливый сговор).

Вместе с тем рассматриваемая в данной статье проблема предполагает, что у нас нет необходимости отвечать на вопрос, было заключено соглашение или нет. И в этом — отличие от рассмотренного случая с согласованными действиями. Мы предполагаем, что соглашение было. Более того, предположим, что у нас нет необходимости доказывать, является ли это соглашение противоправным. Мы исходим из того, что соглашение является противоправным, а действия компаний — участников противоправного соглашения причинили ущерб. Соответственно, нас интересует вопрос, который соответствует ситуации 3: участие в соглашении без его заключения.

2. Методологический индивидуализм и ограниченная рациональность: что не так в концепции ответственности за участие в соглашении без его заключения?

Картель — результат коллективных действий. Однако, как правило, это результат не только коллективных действий на рынке, но и на уровне отдельных компаний (хозяйствующих субъектов). Чем крупнее компании, действующие на рынке, чем сложнее механизмы их взаимодействия, тем выше вероятность обнаружить вовлечённость в процесс подготовки и принятия противоправных решений и незаконных действий большого количества людей. Это означает, что в рамках одной компании действия множества лиц, причинно связанных с действиями компании на рынке, могут быть истолкованы если и не как участие в заключении картельного соглашения, то как участие в нём. Именно в этом пункте, на наш взгляд, содержится основной риск предлагаемой формулы, предусматривающей наказание за участие в картеле без обсуждения и исследования момента вхождения в картель через заключения соглашения (или присоединение к антиконкурентному соглашению). Разумеется, констатация наличия такого рода рисков не является достаточным основанием отвергнуть саму идею и уж тем более отказаться от обсуждения данного предложения.

Для дальнейшего обсуждения нам важны два тезиса:

1. *Методологический индивидуализм.* С позиции ряда экономических теорий, в том числе с позиции новой институциональной экономической теории, для объяснения любых общественных явлений действует исследовательский принцип: только люди принимают решения. Соответственно, между анализом поведения фирмы (такое инструментально вполне допускается) и анализом поведения отдельных лиц, в том числе работающих в той или иной фирме, нет и не может быть тождества. Это означает, что логику взаимодействия между компаниями в контексте применения антимонопольного законодательства нельзя без оговорок проецировать на исследование взаимодействия физических лиц в рамках разных компаний, а также в рамках одной и той же компании.

2. *Ограниченная рациональность человека.* Это означает, что, не смотря на все стремления человека максимизировать его собственную выгоду, он сталкивается с тем, что даже та информация, которая

ему доступна, может быть неверно истолкована или вовсе проигнорирована, если, например, она не проходит так называемый прагматический фильтр (Кобринский, Майминас, Смирнов, 1982; Шрейдер, 1965). Например, когда человек знает об определённых фактах, но не проецирует их на условия максимизации своего выигрыша и потому оставляет без внимания.

Как доказывать умысел и выгоду отдельных работников компании, которые, не занимая руководящих (или даже высших руководящих) постов, вместе с тем были причастны к формированию решений и действий, которые на уровне хозяйствующего субъекта в целом выглядели как заключение и участие в картеле?

Кто в таком случае оказывается в группе риска? Только высшие должностные лица компании? Каковы стандарты доказательства умысла? А оценки извлекаемого от выполнения служебных обязанностей дохода, которые, как потом может оказаться, имеют отношение к незаконно полученному компанией доходу и вместе с тем встроены в систему ключевых показателей эффективности сотрудников? Как и когда проверять, являются ли те самые ключевые показатели эффективности, на которые ориентируется работник компании в своей повседневной деятельности, проконкурентными и в случае чего — гарантией, что к нему конкретно вопросов у следователей не возникнет? Кто и как докажет, знал ли конкретный сотрудник о природе тех решений и действий, которые совершались в компании и компанией на рынке? И должен ли он был знать о таких действиях? И, если да, то как их интерпретировал? В конечном счёте, меняет ли что-то по факту (а не де-юре) в части презумпции невиновности отдельного физического лица результат расследования в отношении компании, которая была признана виновной в нарушении антимонопольного законодательства? Существуют ли стандарты доказательства, которые, с одной стороны, выполнимы с разумными издержками, а, с другой, позволяют обеспечить адресность наказания?

Такой набор вопросов не случаен. Действительно ли мы исходим из того, что квалифицировать действия как картель ничего не стоит (см. описание «первого трубного дела» (Шаститко, Голованова, 2014; Shastitko, Ménard, 2017)), или всё же проблему негостеприимной традиции в антитрасте, в том числе антимонопольного регулирования соглашений игнорировать нельзя (Павлова, Шаститко, 2014)? Исходим

ли мы из предположения, что работники компании могут в одинаковой мере быть информированы о контексте совершаемых действий с учётом одной из важнейших поведенческих предпосылок в современной экономической науке — ограниченной рациональности (Уильямсон, 1996, с. 689; Фуруботн, Рихтер, 2005, с. 264)? Как определить, что именно они знали и что должны были знать в силу выполнения своих должностных обязанностей? Могут ли способствовать разработка и применение корпоративной политики по соблюдению требований антимонопольного законодательства (антимонопольный комплаенс) прояснению вопроса о будущей (вероятной) ответственности должностных лиц компании? Как повлияет расстановка презумпций на настройку стимулов должностных лиц компаний и, соответственно, на оценку премии за антимонопольные риски, которая может стать основанием для корректировки компенсационного пакета сотрудников?

Если нет чёткого и обоснованного ответа на поставленные вопросы, то, по идее, должна работать презумпция невиновности, оставляющая в зоне риска только тех стейкхолдеров компании, которые имели *прямое* отношение к заключению соглашения *и* имели представление о смысле взятых компанией обязательств *в целом и/или в достаточной мере*, чтобы оценить их на предмет соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

Выводы

1. Ответ на вопрос об уголовном преследовании физического лица за участие в картеле, в отличие от заключения и участия в картельном соглашении, не является самоочевидным.

2. Различие между заключением и участием в картеле существует так же, как и между заключением и участием в любом другом соглашении (договоре).

3. Нельзя переносить выводы об участии в картеле без заключения соглашения применительно к компании в целом (когда часть компаний действуют в соответствии с соглашением, а другие на том же рынке — фактически как последователи) на действия физических лиц, являющихся в том числе должностными лицами компаний (и/или их акционерами).

4. Работники компании-картелиста информированы о её действиях в неодинаковой степени, и применение уголовного преследова-

ния зависит от соотношения между установленными фактами (ставшими основанием для признания соглашения картелем) и доступной отдельному сотруднику информацией, которой может оказаться недостаточно, чтобы оценить суть действий компании на рынке.

5. Если техника добывания доказательств о степени информированности конкретного сотрудника не даёт надёжных результатов и способствует практике объективного вменения, должна действовать презумпция невиновности, применение которой предполагает возложение бремени доказательства на правоприменителя.

6. Предметное и всестороннее обсуждение поставленного в данной статье вопроса невозможно без применения инструментария из экономического анализа права, включая экономический анализ процессуальных норм, что на данный момент полностью отсутствует в дискуссии по поводу внесения изменений в ст. 178 УК РФ.

Список литературы

1. *Кобринский Н.Е., Майминас Е.З., Смирнов А.Д.* Экономическая кибернетика. М.: Экономика, 1982.
2. *Павлова Н.С., Шаститко А.Е.* Эффекты «негостеприимной традиции» в антитрасте: деятельное раскаяние против соглашений о кооперации? // Вопросы экономики. 2014. № 3. С. 62–85.
3. Уильямсон О. Экономические институты капитализма. Фирмы, рынки, «отношенческая» контрактация. СПб.: Лениздат, 1996.
4. *Фуруботн Э., Рихтер Р.* Институты и экономическая теория. Достижения новой институциональной экономической теории. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2005.
5. *Шаститко А.Е.* (2011) Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны-гаранта // Журнал Новой экономической ассоциации. 2011. № 10. С. 125–148.
6. *Шаститко А.Е.* Картель: организация, стимулы, политика противодействия // Российский журнал менеджмента. 2013. № 4. С. 31–56.
7. *Шаститко А., Голованова С.* Вопросы конкуренции в закупках капиталоемкой продукции крупным потребителем (уроки одного антимонопольного дела) // Экономическая политика. 2014. № 1. С. 67–89.
8. *Шрейдер Ю.А.* Об одной модели семантической теории информации // Проблемы кибернетики / под ред. А.И. Берга. Вып. 13. М., 1965.
9. *Shastitko, A., Ménard C.* Discrete institutional alternatives: Theoretical and policy issues (Celebrating the 80th anniversary of Ronald Coase's "Nature of the Firm") // The Russian Journal of Economics. 2017. N 3. P. 1–21.

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ
SCIENTIFIC EDITION

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА**
СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Монография

(к пятилетию Комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского отделения Ассоциации юристов России)

Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор М. А. Егорова

CURRENT ISSUES OF COMPETITION LAW
CONTEMPORARY TRENDS AND DEVELOPMENT PROSPECTS

Monograph

(for the fifth anniversary of Commission on Improving of Antimonopoly Legislation of Moscow branch of the Association of the Lawyers of Russia)

Edited by doctor of law, professor M. A. Egorova

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»
юридическая, экономическая и деловая литература;
журналы «Право и экономика», «Вестник арбитражной практики»,
«Журнал предпринимательского и корпоративного права»
«YUSTITSINFORM» PUBLISHING HOUSE
legal, economic and business literature;
magazines «Law and Economics», «Bulletin of arbitration practice»,
«Journal of Entrepreneurship and Corporate Law»

Главный редактор В.А. Вайпан
Chief editor V.A. Vaypan

Генеральный директор В.В. Прошин
CEO V.V. Proshin

Подписано в печать 27.04.2019.
Формат 60x90/16. Бумага офсетная. Печ. л. 10.63. Тираж 1000 экз.
Signed in print 27.04.2019.
Size 60x90/16. Off set printing. 10.63 cond. print. sheets. The circulation of copies 1000.

Издательство: ООО «Юстицинформ»
119607, г. Москва, ул. Лобачевского, 94, оф. 7.
Тел.: (495) 232-12-42

Publisher: LLC «Yustitsinform»
119607, Russia, Moscow, Lobachevsky street, office 7.
Phone number: (495) 232-12-42
<http://www.jusinf.ru> E-mail: info@jusinf.ru