

Доказывание картелей. Актуальная практика антимонопольных органов

Основной вопрос: какие документы и иные сведения могут быть использованы против компании в качестве доказательств того, что она заключила запрещенное законом антиконкурентное соглашение?

Решение: антимонопольные органы активно используют совокупность косвенных доказательств картеля. Иногда соглашения как такового в виде письменного документа может не быть в принципе – антимонопольные органы могут установить наличие устного соглашения на основании фактических обстоятельств.

Последние два года Федеральная антимонопольная служба особое внимание уделяет борьбе с картельными соглашениями. Безусловно, большое количество антиконкурентных соглашений негативно влияет на рост экономики, способствует росту инфляции, а также существенно снижает инвестиционный потенциал национальной экономики. Вместе с тем отсутствие четкого представления о том, что такое запрещенный картель, а также отсутствие стандартов доказывания картельных соглашений зачастую приводит к непониманию у представителей бизнеса, какую модель взаимоотношений друг с другом можно выбрать, чтобы она соответствовала законодательству и одновременно отвечала интересам бизнеса. Иногда компании рискуют оказаться участниками картельного соглашения, даже не имея такой цели.

В любом случае юристам компании важно понимать, какие документы и сведения антимонопольные органы могут использовать в качестве доказательств участия компании в картеле.

Понятие картеля

Понятие картеля дано в части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – закон № 135-ФЗ). Это соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, которые приводят или могут привести к определенным последствиям. К числу этих последствий относятся: установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; по-



Андрей Астанин,
юрист юридической
фирмы «ЮСТ»

вышение, снижение или поддержание цен на торгах; раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); сокращение или прекращение производства товаров; отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Важный квалифицирующий признак картеля – субъектный состав правонарушения. Участниками картельного соглашения могут быть только конкуренты, то есть компании, осуществляющие продажу товаров на одном товарном рынке.

Отнесение компаний к конкурентам на практике вызывает немало споров и дискуссий. Дело в том, что конкурентами в понимании части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ являются хозяйствующие субъекты, осуществляющие свою предпринимательскую деятельность на одном товарном рынке. Следовательно, чтобы убедиться в наличии или отсутствии конкуренции, необходимо сначала установить товарный рынок, на котором присутствуют конкретные компании. В свою очередь товарный рынок – это сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами (п. 4 ст. 4 закона № 135-ФЗ).

Таким образом, **определение товарного рынка включает в себя установление продуктовых (определение конкретного товара и взаимозаменяемых товаров) и географических границ рынка.**

Правила определения товарного рынка и, соответственно, конкурентов регламентированы Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (утвержден приказом ФАС России от 28.04.10 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»). Вместе с тем в соответствии с пунктом 1.4 этого Порядка при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденных по признакам нарушения частей 1, 1.2 и 3 статьи 11 закона № 135-ФЗ (то есть в том числе дел о картельных соглашениях), не требуется проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, в рамках рассмотрения дел о картельных соглашениях антимонопольные органы могут определять конкурентов, продуктовые и географические границы товарного рынка, опираясь исключительно на собственное мнение, без проведения экономического анализа. Следовательно, есть риск, что компанию необоснованно привлекут к ответственности за заключение и участие в антиконкурентном соглашении только из-за неправильного определения товарного рынка и конкуренции.

Еще одна опасность связана с мнением ФАС России о том, что запрет на картели действует сам по себе независимо от последствий, которые в действительности имело то или иное соглашение для конкуренции. Иными словами, для привлечения участников соглашения к ответственности не требуется доказывать фактическое

Nota bene!



В настоящий момент готовятся законодательные поправки, в соответствии с которыми положения части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции будут распространяться на действия конкурентов не только по продаже, но и покупке товаров. Законопроект ФАС России «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» размещен на www.regulation.gov.ru, ID проекта: 00/03-10492/12-13/23-13-4.



Под взаимозаменяемыми товарами понимаются товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении, в том числе при потреблении в производственных целях (п. 3 ст. 4 закона № 135-ФЗ).

Nota bene!

 Часть 1 статьи 14.32 КоАП РФ предусматривает за заключение и участие в картеле штрафы с должностных лиц (от 20 до 50 тыс. рублей) или дисквалификацию сроком до трех лет, а для компаний – оборотный штраф в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара, на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее 100 тыс. рублей. Если заключение такого соглашения причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере, то это основание для уголовной ответственности (ч. 1 ст. 178 УК РФ).

наступление последствий, указанных в части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ, так как достаточно лишь возможности их наступления.

Более того, не обязательно доказывать даже факт исполнения антиконкурентного соглашения сторонами, так как под запретом находится сам факт его заключения.

Доказательства наличия картельного соглашения

Закон № 135-ФЗ не регламентирует, какие именно документы и сведения могут свидетельствовать о наличии картельного сговора на рынке определенного товара. Антимонопольные органы зачастую не считают необходимым получать прямые доказательства картеля и обходятся косвенными доказательствами, совокупность которых свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения. Это объясняется тем, что под соглашением, согласно пункту 18 статьи 4 закона № 135-ФЗ, понимается не только договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, но и договоренность в устной форме.

Представители ФАС России не раз демонстрировали точку зрения, согласно которой при рассмотрении картельных дел может быть достаточно совокупности косвенных доказательств. То есть антимонопольный орган может прийти к выводу о наличии запрещенного соглашения даже при отсутствии такого соглашения в документальной форме, только на основе анализа фактических обстоятельств. Один из примеров – решение ФАС России от 25.05.12 по делу № 1 11/202-11, которым компании были признаны виновными в заключении соглашения на электронных торгах лишь на основании фактических обстоятельств дела (при отсутствии письменного соглашения). Еще в одном деле, связанном с участием в открытом аукционе в электронной форме, вывод о наличии договоренностей участников аукциона тоже был сделан на основе анализа фактических обстоятельств, а именно поведения участников до и во время аукциона, а также с учетом того факта, что у них даже совпадали юридические и фактические адреса и выход на электронную площадку осуществлялся с одного IP-адреса. Кстати, суд в дальнейшем согласился с доводами антимонопольного органа (см. постановление ФАС Московского округа от 25.06.13 по делу № А40-64690/12-130-611).

С целью раскрытия картеля антимонопольные органы, как правило, проводят внеплановые проверки хозяйствующих субъектов в рамках своих полномочий (ст. 25.1 закона № 135-ФЗ), а также запрашивают у любых лиц (в том числе государственных органов) необходимые документы, объяснения, информацию в письменной и устной форме, включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях (ст. 25 закона № 135-ФЗ). Необходимо заметить, что хозяйствующие субъекты обязаны по запросу антимонопольных органов предоставить даже такую информацию, которая составляет коммерческую, служебную и иную охраняемую законом тайну (ч. 1 ст. 25 закона № 135-ФЗ).

Анализ практики антимонопольных органов по делам о нарушении запрета на картельные соглашения позволяет выделить наиболее «популярные» доказательства. Дела, которые далее в статье фигурируют в качестве примеров, можно найти на сайте www.fas.gov.ru.

Документы, связанные с участием компании в профессиональных некоммерческих объединениях. Тенденция бизнес-сообществ создавать ассоциации, союзы и иные некоммерческие объединения для совместного решения проблем и острых вопросов, возникающих в том или ином направлении бизнеса, кроме очевидной пользы имеет и свои риски. Компания, чья деятельность стала объектом проверки антимонопольных органов, должна быть готова к тому, что контролю подвергнутся в том числе ее взаимоотношения с конкурентами в рамках участия в таких профессиональных сообществах. Антимонопольные органы интересуются, в частности, протоколами рабочих совещаний и стенограммами встреч, которые проходят в таких объединениях, а также документами, распространяемыми среди участников объединений (презентации, аналитические материалы, статистические данные, переписка и т. д.).

Например, в решении от 12.12.12 по делу № 1 11/98-12 ФАС России установила наличие между продавцами минтая картельного соглашения об ограничении вылова икры минтая. В числе доказательств фигурировали в том числе протоколы собраний Ассоциации добытчиков минтая (и даже черновики этих протоколов), планы работы данной ассоциации, переписка представителей проверяемых компаний с руководителем данной ассоциации, а также отчеты о результатах деятельности ассоциации, в которых упоминались соглашения, расцененные антимонопольным органом в качестве картельных. В дальнейшем эти доказательства принял и суд, подтвердив, что они соответствуют требованиям статей 25, 45 закона № 135-ФЗ (см. постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.04.14 по делу № А40-14219/13).

Аналогичные доказательства (протоколы совещаний общих собраний Ассоциации производителей труб, переписка между руководителем этой ассоциации и ее членами) были использованы и в решении ФАС России от 29.03.13 по делу № 1 11/197-11.

Данные, снятые с электронных носителей. Должностные лица антимонопольного органа в ходе проверки вправе проводить осмотр территорий, помещений (за исключением жилища), документов и предметов проверяемого лица. В ходе осмотра они могут не только снимать копии с документов, но и делать копии электронных носителей информации (ч. 3 ст. 25.3 закона № 135-ФЗ). Как правило, антимонопольные органы этой возможностью активно пользуются и в результате получают доступ к электронной переписке сотрудников компании, анализ которой помогает выявить сговор.

Так, в решении от 06.09.13 по делу № 1-11-127/00-22-12 антимонопольные органы в качестве доказательств наличия сговора между участниками рынка поставок вьетнамской рыбы привели электронную переписку, которая была получена в рамках проведения внеплановых проверок импортёров рыбопродукции из Вьетнама.

Nota bene!



В соответствии с Положением о порядке взаимодействия МВД России и ФАС России, утвержденным совместным приказом этих ведомств от 30.12.04 № 878/215, МВД России оказывает практическую помощь ФАС России в сборе и закреплении доказательств нарушений антимонопольного законодательства.



С решением по этому делу можно ознакомиться по ссылке http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_37015.html.

Работа с чиновниками

 С решением по этому делу можно ознакомиться по ссылкам http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34489.html и http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_38055.html.

В другом деле ФАС России доказала наличие картельного соглашения с помощью снятой с электронных носителей переписки между сотрудниками проверяемых компаний-конкурентов, а также бизнес-планов, в которых приводились расчеты отпускных цен этих компаний (решение от 09.04.12 № 1 11/142-11).

Наряду с информацией, снимаемой с электронных носителей, антимонопольные органы используют данные, которые запрашивают у интернет-провайдеров (что особенно часто бывает, когда подозревается картельное соглашение в связи с электронными торгами) и сотовых операторов связи или самостоятельно находят на интернет-сайтах компаний.

Свидетельские показания. Как известно, статья 14.32 Кодекса об административных правонарушениях, устанавливая ответственность за заключение антиконкурентных соглашений, одновременно содержит также условия освобождения от этой ответственности. Эти условия названы в части 1 примечания к этой статье. Участник антиконкурентного соглашения освобождается от ответственности, если добровольно заявит в антимонопольный орган о заключении такого соглашения и к этому моменту антимонопольный орган сам еще не располагает сведениями о картеле. Кроме того, заявитель должен отказаться от участия или дальнейшего участия в соглашении, а предоставленных им сведений и документов должно быть достаточно для установления события административного правонарушения.

Важный момент: от административной ответственности освобождается только тот из участников соглашения, который первым выполнит все вышеперечисленные условия. Поэтому доказательственная база, построенная на показаниях участников картельных соглашений, добровольно признавших в их существовании и предоставивших необходимые материалы, в практике антимонопольных органов не редкость (см., например, решение ФАС России от 15.07.13 по делу № 1 11/109-12, где в качестве доказательств наличия картельного сговора на рынке поставок норвежского лосося приводятся показания импортеров, которые сознались в участии в картеле).

Экономические и статистические данные. ФАС России при доказывании картельных соглашений довольно часто привлекает экспертов для экономического анализа, данные которого затем сопоставляет с поведением хозяйствующих субъектов на рынке. Так, в довольно известном деле об антиконкурентном соглашении участников электронных аукционов на поставку мясной продукции антимонопольный орган помимо собственной аналитики и данных проверки Счетной палаты запросил экспертное заключение. Эксперты оценивали добросовестность поведения участников открытого аукциона с использованием теории вероятности, теории игр и математической статистики. В результате эксперты пришли к выводу, что такой результат торгов, как в данном случае, был невозможен без полной информированности каждого участника торгов о поведении и намерениях всех остальных участников. Вероятность такого результата торгов без предварительного соглашения участников о том, как они будут себя вести, фактически отсутствует. В дальнейшем суды тоже учли это экспертное заключение и не поддержали компании, которые пытались оспорить решение антимонопольного

 С решением по этому делу можно ознакомиться по ссылке http://fas.gov.ru/solutions/solutions_37682.html.

органа, в том числе из-за недоказанности наличия антиконкурентного соглашения между ними (см. решение Арбитражного суда города Москвы от 26.12.12 по делу № А40-94793/2012, постановление ФАС Московского округа от 23.07.13, определение ВАС РФ от 20.11.13 об отказе в передаче дела на пересмотр в порядке надзора).

Помимо этого ФАС России активно запрашивает необходимую для раскрытия картеля информацию у других органов исполнительной власти, а также приводит собственную аналитику. Например, в одном деле антимонопольный орган сначала расценил как картельное соглашение совместные графики поставки труб на определенный период, которые подписывали разные производители этих труб. Но затем антимонопольный орган провел экономический анализ и пришел к выводу, что, несмотря на наличие антиконкурентного соглашения между производителями труб, их политика в порядке статьи 13 закона № 135-ФЗ была допустимой (решение ФАС России от 29.03.13 по делу № 1 11/197-11). Изначально ФАС России вменяла компаниям нарушение пункта 3 части 1 статьи 11 закона № 135-ФЗ (заключение соглашения, которое влечет раздел товарного рынка по территориальному признаку).

Обычно в одном деле фигурирует совокупность сразу нескольких косвенных доказательств картеля. Например, переписка участников картеля, их бизнес-планы, письменные объяснения их сотрудников и экономический анализ. Чем больше будет таких доказательств, тем труднее оспорить позицию ФАС России в суде (решение Арбитражного суда г. Москвы от 30.11.12 по делу № А40-96719/12-144-456). *ВАК*

 С решением по этому делу можно ознакомиться по ссылке http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_37015.html.

КОНФЕРЕНЦИЯ ЖУРНАЛА



Российский
НАЛОГОВЫЙ КУРЬЕР

**ОТЧЕТНОСТЬ ПО НАЛОГУ НА ПРИБЫЛЬ
ЗА 9 МЕСЯЦЕВ И ПО НДС
ЗА III КВАРТАЛ 2014 ГОДА:
НОВЫЕ ПРАВИЛА И РАЗЪЯСНЕНИЯ**



25 СЕНТЯБРЯ

г. Москва,
ул. Профсоюзная, д. 61,
КЦ «Меридиан», Большой зал

3 ОКТЯБРЯ

г. Санкт-Петербург,
Пироговская наб., д. 5/2,
отель «Санкт-Петербург»

Реклама

ВХОД СВОБОДНЫЙ

по предварительной регистрации на сайте www.rnk.ru

Официальный
партнер

